REINHARDI BACHOVII ECHTII

JVRISCONSVLTI, & IN ACADEmia Heidelbergensi quondam Professoris Ordinarii

TRACTATUS DE ACTIONIBUS.

FRANCOFVRTI,
Ære JOACHIMI WILDII, Bibl. Rostochiensis.

Anno M. DC LVII.

AMPLISSIMIS, CLARISSIMIS, CONSULTISSIMIS ET PRUDENTISSIMIS VIRIS, Dn. CONSULIBUS, Prætori, Senatoribus & Syndicis, S. R. I. Reipublicæ Heilbrunnenſis.

NE multis, Ampliſſimi, Clariſſimi, Conſultiſſimi & Prudentiſſimi Viri, vos morer, cauſas duas eaſq; graues ſatis habeo, propter quas frontem huius operis, pręſcriptione nominis veſtri, munire volui, & vero debui. Vna eſt, quod in vrbe veſtra, in quam, rebus in Palatinatu turbatis, ſeceſſeram, hoc ipſum opus, quod Heidelbergæ cœperam, & ad vmbilicum perduxeram, abſolui, & vltimā ipſi impoſui manum: vt merito vobis hoc à me offerri, quin & à Studioſis, quidquid hi ex opere iſto percepturi ſunt fructus & vtilitatis, vobis acceptum debeat referri. Altera cauſa eſt, quod pluri mis, quos turbæ illæ quaſi ſedibus ſuis evolverant, vrbem veſtram, ceu portum quendam & Aſylum patere voluiſtis, receptos humaniſſime fouiſtis, & non paucos

etiamnum fouetis. Inter hos, ego quoq; nomen meum profiteor: profitentur idem mecum, multi, sanguine, affinitate, amicitia mihi iunctissimi. Nostrum est, vt hoc quo nos affecistis, beneficiũ, vti paria facere non possumus, interim bono & grato animo debeamus, & quo animo erga vos simus, qua possumus & verbis saltem ostendamus. Itaq; ego & meo & eorum qui mihi coniuncti sunt nomine, de animo vobis obstricto, contestari, & libellũ istum quem vobis offero, publicum eius rei monumentum exstare volui. Vestrum erit Viri Amplissimi, & Prudentissimi, libellum hunc benigno vultu excipere, & totum hoc non ex ipsius libelli tenuitate, sed ex animo & affectu meo æstimare. Ita faxit Deus Opt. Max. vt, qua hactenus, eadem porro prudentia ac fœlicitate Remp. vestram, inter istos fluctus & procellas, saluam & incolumem conseruetis. Scripsi Heidelbergæ Kal. Septemb. Anno Aeræ Christianæ M. DC. XXIII.

VV. AA.

Studiosissimus

Reinhardus Bachouius Echtius J. U. D. & in Academia Heidelb. Professor.

Candido Lectori S.

ANnus iam agitur, imo exactus est rectius, Optime Lector, cum studiosis quibusdam petentibus, quib. nihil tale negare soleo, in Academia Heidelbergensi, Collegium publicum De Actionibus, ita enim volebant, aperui: Sensi serius, onus longe grauius, quam initio putabam, me suscepisse, eoque, quod praesertim, sub manu, variis hinc inde subnascentibus, crescebat opus, toto semestri vix priores quinque disputationes absolui: & quia non inaccurate aliqua mihi tractasse videbar, ex quibus forte ad alios fructus peruenire posse, mille exemplaria typis imprimi curaui: quorum nongenta (centum enim cesserunt in vsum respondentis) Francofurtum misi. Quae tum eo anno, scilicet 1620. tempora superuenerint, meminimus, & nimium meminisse necesse est: itaque dissipata Academia, dilabentibus, imò diffugientibus studiosis, abruptum fuit opus: quod postea in secessu Heilbrunnensi absolvi, vt potui, sane non vt volui, nec vt debui. Agnosco, debuisse vel praecipue addi tractationem, De Concursu actionum: cui rei & quaestioni inuolutae & diffusae forte an aliquid lucis adferre potuissem. Sed tum subsidiis necessariis, libris meis destitutus fui, tum animus à calamitatibus, quà publicis quà priuatis languens, in cogitationes subtiliores assurgere non valuit. Et cum etiamnum iisdem fluctibus iactemur gurgite vasto, necdum videamus portum, visum fuit, non vlterius morari & premere hanc oppellam, sed in publicum emittere has octo disputationes, concinnatas fere ad seriem tituli Institutionum De Actionibus, ad quem commentarii loco esse possunt. Tuum erit candide lector, quidquid hoc est, boni consulere. Vnum praeterea est Lector quod te volo, vt ne aut mireris, aut indigneris, si in duos, paulo acrius calamum strinxisse videbis: Antonium

Fabrum , & Helfricum Vlricum Hunnium : plane non eadem mihi in vtrumque scribendi causa. In Antonio Fabro agnosco ingenium sed iudicium desidero. Abreptus ille ad tractationem forensium negotiorum, scripta sua sub limum accuratiorem vocare aut non potuit, aut forte ingenio suo nimium inconsiderate confisus, noluit. Inde tot monstra & portenta opinionum, tot temerariæ & pene impudentes, in Interpretes Iuris & pragmaticos, in Tribonianum, quin in ipsos ICtos censuræ & spicula. Nusquam magis verum istud: Famam alii habent, alii merentur. Applausus plurimorum, quos hominis iactantia decepit, transuersum eum & præcipitem egit, vt velut ex tripode mera oracula se fundere putaret. Eius rei admoneri studiosos, quoniam & ipsorum & publice interest, ideo paulo liberius errores illius hoc tractatu accusaui & confutaui: idq; plenius præstiti in exercitationibus meis ad Fabrum, quibus opiniones Doctorum & Interpretum Iuris & lectiones hactenus receptas contra censuras & corruptiones Fabri asserui, & in vna tantum parte Chiliadis, (quam ille in quatuor partes distinxit) integram Chiliadem errorum A. Fabri in theatrum produxi : quod opus propediem lucem videbit. Hæc de Fabro. Hunnium nec nominassem quidem, si vetus illud, foribus templi Delphici inscriptum, γνῶθι σαυτόν, didicisset. Dum seipsum & vires suas ignorat, & nescio qua fiducia, ex quæstionariis opusculis, & male consarcinatis, & hinc inde descriptis & emendicatis centonibus, sibi comparata, alios contemnit., levi satis de causa petulantissimis conuitiis me lacessiuit, & τοῖα παθὼν καὶ ἔρξας postquam ego prouocatus, iustissima indignatione iniurias meas ultum iui, iam facetus homo, nouus scilicet Socrates & tertius Cato, profitetur, se consiliis amicorum audientem, nolle maledictis agere. Quam vellem ille amicos prius consuluisset, aut recte monentibus paruisset: sed nimirum sero sapiunt phryges : & responsum sibi non maledictum putet, qui læsit prius. Mox tamen ad ingenium redit: Ex cantu, inquit, dignoscitur auis. Ita est mi Hunni: non corporum tantum, sed etiam animorum, vt Plato in Phædro differit, sui sunt fœtus & partus: Cuiusque ingenii monumenta, eius soboles sunt, & cantiones eiusdem

sunt.

ſunt. Ex his quæ in publicum dedi, & daturus ſum, me omnino dinoſci volo: tu qualis ſis, ſcripta tua oſtendunt: & ſcilicet cantio vtriuſque noſtrum me, Luſciniam; Te cuculum eſſe euincet: & tamen fortaſſe germen quoddam & Stolo Arcadicus arbiter ſumptus, ſecundum te Litem & ſententiam dabit. Sed nolo pluribus attingere, quæ in præfatione ad poſtremam partem Reſolutionum, in me inepte congerit conuicia. Ea ſatis me permoverunt, quin pene adegerunt, vt adductis quibuſdam & confutatis erroribus eius, ipſum ſibi oſtenderem, & ne inſtar Icari altius efferretur, aut Phaethontis, maiora, & quæ iuribus iſtis non conueniunt, auderet, admonerem. Tu Lector ſi quid eſt, quod offendit, ignoſce & dignoſce.

DISPUTATIO I.

Respondente

CASPARE von Eichstedt/ Eq. Pom.

Thesis I.

POlitica, quam *Arist.* 1. *Eth.* 2. ἀρχιτεκτονικὴν appellat, cũ multas facultates artes, & quocunque nomine eas insignire velis, habeat sibi famulantes, *idem Arist.* 1. *Eth.* 1. tum præcipuè ad ultimum scopum consequendũ ei sunt coadiuvæ, νομοθετικὴ & δικαιοδοτικὴ. Illa ius sancit, & est legislatoris: hæc sancitum reddit & dispensat.

II.

Illius necessitatem & utilitatem duplex ratio commendat 1. quod *ut Arist.* 1. *Eth.* τὰ καλὰ καὶ τὰ ἀγαθὰ πολλὴν ἔχει πλάνην καὶ διαφορὰν: ideoque quid petendum quid fugiendum, docendi sunt cives & subditi. 2. quia non pauci etsi quæ recta sunt norint, ad peiora tamen abripiuntur: ut proinde imperio sit opus, ut qui virtutis amore nequeunt, formidine pœnæ à pravis absterreantur: etenim ut eleganter *Aristot.* 10. *Eth. ultim.* longè plus efficaciæ & virium ad homines in officio continendos, habet timor & metus ex LL. quam præcepta phylosophiæ. Et quis abnuat igitur verum esse istud Aristotelis 1. Rhetor. 3.

tor.3. ἐν τοῖς νόμοις ἐστὶν ἡ σωτηρία τῆς πόλεως. Sed in istis, quod facilimum esset, nõ diffundimur, ne vagemur extra oleas: & sunt etenim sexcenta talia passim obvia.

III.

Quia autem LL. ex se nonnisi præcepta sunt, frustra fuerint in civitate, nisi sint νομοφύλακες & ὑπηρέται, ut ait *Aristot. 3. Polit. 12*, qui sc. LL. præcepta iussaque exequantur & ius reddant sive regant, ut est *in l. 2. §. post originem. 13. de origin. iur.* & hi tanto magis necessarii, ob imperfectionem & conditionem Legum.

IV.

Leges nimirum breves, nec omnino multæ, sed & amplius generales, ut plurimum esse solent & debent *l. 3. cum 3. seqq. & l. 10. de LL.* (an LL. rationes persuasivas adiunctas habere debeant, non est huius loci *v. Plat. 4. d. LL.*) & ea est factorum ob diversas circumstantias, quarum etiam minima ius dicitur variare, diversitas, & inconstantia, ut etiam à diligentissimo Legislatore omnes casus comprehendi nequeant: quæ res, ut ferè etiam Plato differit *3. de Republ.* induxit, & necessariam fecit Iurisprudentiam: quæ iura interpretatur, eaque singularibus factis rectè applicat: forte ob id non ineptè descripta *à Ghar. 1. verisim. 1.* quod sit doctrina recte ad factum de iure respondendi.

V.

Eoque fortassis respexit ICtus, *in l. 1. de iustit. & iur.* dum Iurisprudentiam definit artem æqui & boni. Etenim iam dicta legum generalitas facit necessariam æquitas adhibitionem, quam *Arist. 5. Ethic. 10.* definit esse ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου quoniam supplet, in quo deficit lex generalis, quæ vitiose applicaretur.

Et hactenus nimirum æquum præferendum est iuri stricto iuxta *l. placuit. 8 C. de iudic.* secus ubi in terminis à Lege casus decisus est *l. si expressim 19 D. de appellat. l. prospexit. 12 qui & à quibus, &c.* Sed ista alterius sunt loci. Obiter addimus,

hoc

hoc sensu æquitatem scripti iuris esse partem non posse: cæteroquin multa quæ revera æqua sunt, legibus scriptis comprehenduntur, præsertim nostris quæ responsa continent ad casus singulares. Atque ita tribus verbis facilè hæc expediuntur, quæ magna verbositate involvit, nec evolvit Hunnius ad Tr.*part.1.disp.*1.& in eo iudicium suum prodit, quod cum æquitatem ita definiisset, ut necessario ius non scriptũ esset, & iuri scripto eam opposuisset, mox diversam quæstionem, difficilem scilicet, an æquitas duplex sit scripta & non scripta, proponit. Hactenus autem dicta ostendunt Iurisprudentiam in genere quidem & latè impropriequc usurpatis verbis, & artem & scientiam dici posse, sed verbis illis propriè sumptis iuxta distinctionem habituum intellectus, propositam ab Arist.6.Ethic. & quam constantissimè Philosophi secuti sunt & sequuntur, nõ artem, non scientiam, sed habitum practicum esse, id manifestum est adeo, ut me & misereat illorum hominum, qui vel in nectendis argumentis, quibus scientiam esse probent, vel in iis confutandis laborant: ex quorum numero est Hunnius, qui ad Tr.*p.1.disp.*1.dum plurima hac in re verba fundit, eo chartam & operam perdidit scilicet non est luctandum cũ larvis, nec in ineptissimis argumentis confutandis & proponendis opera ponenda est.

VI.

Atque ita circa administrationem & redditionem iuris iustitiæ concurrunt ICtus & magistratus, ut tamen ab hoc directo, & principaliter redditio ea proficiscatur, nimirum vi iurisdictionis. Et consequenter. quoniam in criminalibus quoque causis ius redditur & dicitur *l.2.§.& quia.23.de Orig.iur.* etiam in his causis iurisdictionem versari & exerceri rectè dicimus: licet,(eo quod ius coercendi crimina populus Romanus sibi reservaverat)in usu iuris nostri fere tantum iurisdictio usurpetur pro potestate iuris dicendi in causis civilibus, de quibus more maiorum iure magistratus cognosci dicebatur: cui potestati dicendi iuris propter contumaces, iurisdictionis tuendæ, defendendæ & statutis exequendis annexa erat pars Imperii, quod mixtum appellatur *arg.l.ult:de offic.eius.* Sed ista instituti nostri non sunt.

VII.

Ad institutum propius ut accedamus, dicimus, ut reddi personis, super re, & negotio aliquo controvertentibus, quæ scilicet controversia, apud magistratum per certa remedia tanquam per causam instrumentalem introducuntur: quæ remedia vocamus actiones.

Ex his distinctio obiecti triplicis *in* §. *ult. Inst. d iur. nat l. 1. de stat hom.* non inconcinne deduci & defendi posse videtur, nimis superstitiosi sunt, qui ut bimembrē efficiant, terminos novos & inconcinnos confingunt. Nunquā magni philosophi, & alias docti viri, quibus rerū maior quam verborum cura fuit, ista prurigine laborarunt. Ista autem nulla ratio est, qua Hunnius hanc distinctionem solum cōfirmat, quia sit tradita à Caio, & à Iustiniano approbata.

VIII.

Actiones porrò verbum cum per se varie & latissime sumatur (*a*) tum etiam in iure nostro non unam admittit significationem. (*b*)

(*a*) Quippe pro quavis operatione & actu pertinente sub prædicamentum actionis. (*b*) Notat gloss. aliquando sumi pro aliquo actu, *Faber & alii ibid. in pr. Institut. de act. Ludov. Gom n. 17.* ubi novem significationes recenset, quæ tamen non omnes rectè se habent: veluti illa, quæ post Dd. actioni verbo libellum significari putat *in l. 3. C. de edend.* ex ignoratione veteris rationis edendi actionē. Ad rem nostram actionis verbum quandoq; strictissimè usurpatum pro actione in personam *l. act. 28. de Obl. & A. not. Iaf. in d. l. 3. C. de edend. n. 2.* quandoq, pro genere cōmuni actionis in rem & in perso[n]am §. 1. & §. *appellamus. 15. Inst de act l. action. 25. l. actionis. 37. d. obl & act* quandoq; porro persecutionem quoque criminalem continet *arg. l. qui accusare C. de edend. ubi notat. Iaf. arg. rubr. C quando actio civilis crim[i]nali*: amplius etiam pro persecutione extraordinaria *l. actionis 34. ubi Gædd. de V. S.* & deniq; pro imploratione nobilis officii judicis *l. actionis. 37. de O. & A.* & in omnibus his significationibus, tum pro jure petendi *in pr Inst de act. l. nihil. 51. de O. & A.* & pro ipso exercitio tanquam in actu secundo *arg. l. 12. de rebus dub. l. 1. de except. ibi, qui utitur,* usurpatur.

IX.

Ex adverso actio prout in pr. Instit. definitur, pluribus nominibus indigitatur, quæ actionis synonyma dici possunt.

Et nimirum dicitur aliquando *iudicium l. 1. & passim. tit. C. & D famil. ercisc. comm. divid persecutio in pr Inst. de except.* passim *petitio*: Item aliquando *lis l. litis. 36. de V. S.* nonnunquam *conventio. l. si homo. 45. de rei vind. l. 7. §. 1. & 5. C. de praescript. 30. annor.*

X.

QVod ad notationem nominis attinet. Theophilus Græcus Paraphrastes *ad pr. Instit. de act.* actionem deducit παρὰ τὸ ἄγειν τὴς ἀγνώμονας ἐπὶ τὸ δικαστήριον: (*a*) rectius imo rectissime à Latino verbo, *agere*, derivatur. (*b*)

(*a*) Deceptus videtur ille Græculus voce Græca, ἄγειν ut rectè observavit Hilliger *ad Donell. libr. 19. c. 1.* & ut eo loco Donellus, eo sensu non homines, sed jumenta agere dicimus: licet abnuere olim, illo quoque significatu verbum, *agendi*, apud Latinos autores reperiri: eoque minus abludet hæc significatio, si ad veterem in jus vocandi rationem respiciamus, quod videtur fecisse *Baro ad pr. Inst. de act.* Sed recte

rectè Donell.tum citato loco,tum *ad pr. Instit. de act.* ait veteres hac in re usos verbo,non *agendi*,sed *ducendi.* ubi etiam latius num.4.ostendit huius verbi *Agere* usum & significationem. (*b*) Hoc hactenus oppono priori notationi, quatenus dicimus agere cum aliquo, **mit einem handeln** / quomodo *in l. age cum Geminiano.3. C. de transact.* & huiusmodi tractatio ideo in specie, & quodammodo per excellentiam actio appellata videtur,quoniam fit coram judice,qui tractationi effectum dare,& invitum cogere potest. Hunnius istud de notatione Theophili *in resol. ad Inst.* totũ ex Donello prorsus descripsit,& loca quædam decantatissima, & vulgo obvia, de veteri raptione in ius infertit.

XI.

Appositæ autem ab hanc tractationem,quatenus per actiones in quibuscunque causis ius redditur, necessum est, ut sub appellatione actionis quæcunq; persecutiones criminales extraordinariæ & implorationes officii iudicis contineantur: eoque sensu actio describi poterit,quod sit ius(*a*)persequendi (*b*)in iudicio (*c*)quod debetur. (*d*)

(*a*) Definitur enim hic magis ut potestas experiendi iure Romano legitimè competens & acquisita. (*b*) Verbum hoc commodissimè & rectè ad actorem refertur,male à Barone etiam ad reum excipientem. (*c*) Verbo hoc latius utimur, pro quacunq; tractatione apud eum,qui de causa cognoscendi & statuendi habet potestatem. (*d*) Debetur scilicet aliquid à reo,vel actori vel reipubl. & debetur,vel ex patrimonio rei,vel infama aut in corpore.

XII.

Causa actionis ita consideratæ alia est remota, alia propinqua. Remota est ius gentium.

Liber hanc opinionem,quæ verissima est confirmare,& adversam confutare:utrumq; paucis & strictim,sed solidè tamen. Cum obligationes ex jure gentium sint,ne eo jure inanes sint,ex eod. jure etiam rationem obtinendi, quod in obligationes deductũ est,esse oportet:& frustra sis, si hoc voluntati & arbitrio debitoris permiseris Et utiq; leges ad ius gentium pertinẽt,nec minus magistratus, qui redditioni iuris præcipuè sunt destinati:nec ignota est descriptio jurisgent. *ex §.1. Inst. de iur. natur.* juxta quam quicquid dictante communi ratione apud omnes gentes receptum est,(eius autem generis sunt iudicia & actiones,)id juris gentium esse oportet. Miror eorum judicium,qui contradicunt *ex l.1.§.deinde.6 de Orig. iur* nec animadvertunt intelligi formam accidentalem & propriam iuris Romani: cæteroquin totis trecentis annis,(tot enim annis post urbem conditam Leges 12.tabb. latæ fuerunt *Liv lib.3* urbs Roma sine actionibus fuerit. Malè igitur Hunnius ad primam disput. Treutl.indubitanter,(ita loquitur)concludendum ait,actiones & forma & origine esse iuris civilis. Malè opponit originem & formam,cum nihil sine forma existere possit:& dum ita Dd.distinguunt, specialem eamq; accidentalẽ formam intelligunt. Et nullius momenti sunt rationes,quibus utitur. 1. quod actiones passim dicantur civiles. Quasi vero nõ ita passim etiam obligationes appel-

lentur, quasi iuris gent. esse nemo negat: & *in l rerum. 25. rer. am.* iure gentium condicere dicimur. c. quia potest patria ob patriam qualitatem dicatur iuris civilis §. 2 *de patria potest.* An rectè hoc fiat, alibi disputatur: sed & hoc sensu actiones juris gent. erunt: quoniam qui potestatem patriam essentia & forma sua iuris gent. esse neget, helleborosus fuerit. Quod si qualitas adiecta facit, ut rectè quis dicatur iuris civilis forma & origine, iam servitutum, bellorum, successionum iura & sexcenta alia, iure civili accepta referêda erunt. Non intellexisse videtur *l. 6. de iustit. & iur.* ubi ius civile dicitur, nec originis nec formæ essentialis intuitu, sed usus: prorsus ut *ab Arist. lib. 5. Eth.* ius civile in naturale & positivum dividitur, unde non abit Caius *in l. omnes 9. de iustit. & iur.* Scilicet ius gent. abstractum quoddam est, ex qua omnes populi hauriunt, & rebuspubl. suis applicant, ut nihilominus considerata forma generali & essentiali unumquodque iuris gentiũ maneat, nisi omnia ad ius civile referre, nihil iuri gent. relinquere velis: Eaque in re non paucos amplitudo Imperii Romani fascinavit, qui aliter sensissent, si Remp. eam sub Romulo pastorum & latronum duce angustissimis conclusam finibus considerassent Et scilicet Hunnius ait, sed disputare de actionibus quatenus iuris Romani sunt. Verum annon hoc est, ineptam facere quæstionem? Ecquis enim dubitarit, eo sensu actiones, quatenus sunt conformatæ à iure Rom. eiusdem iuris esse. Idem fatetur, fuisse quidem actiones ante ius Rom. sed informes & rudes fuisse ait. At quam tu mihi informitatem narras: Omni forma privatas qui dixerit, sanus non fuerit, neque informes fuerunt essentiali forma, sed tantum accidentali, quæ adiecta non facit, quo minus jurisgent. debeant perhiberi: & verò Assyrii, Persæ, Medi, Græci, Parthi, Germani, Ægyptii utiq; formam à Romanis non acceperunt, & formatas certè actiones habuerunt. Sed piget in his confutandis perdere chartam. *Forst. ad Inst.* hoc quoq; movet. 1. quod olim manu regia controversiæ terminabantur. 2. quod obligatio naturalis non producat actionem. 3 quod banniti & deportati non possint agere. Resp. tum in genere, quod textus juris civilis ad huius quæst. decisionem sint inepti: tum in specie: ad 1. quod nec sit simpliciter & universaliter vera, & quod sit nulla consequentia: siquidẽ inde non excluditur petitio & imploratio. Ad 2. ineptam esse consequentiam: quoniam id est à Civili, quod nulla actio nascitur: quæ tamen ipsa L. multas induxit exceptiones. Ad 3. Ineptam esse rationem: quia id obtinet tantum in rep. in qua damnati sunt, in quibus omnia bona & iura iis adimuntur, ut nec testamentum facere, nec ab intestato etiam succedere possint: quæ tamen ad ius gent pertinent, & ineptè adducitur *c. 7. de iud.* quod est de excommunicato qui bona retinet, sed interim ipsa in persona, in judicio comparere.

XIII.

Própinqua causa est ius in re & obligatio.

Obligationem paulò potius hic usurpo, ut mox dicetur. Cæterum de ista oppositione juris in rem & obligationis pluribus agetur infra in distinctione actionis in rem & in personam, ex ea autẽ apparet, non posse dici actionẽ in rem esse ex obligatione: ut valdè impropriè loquatur Iust. *in* §. 5. *Inst. de except.* & fortè ibi legendum est; actio durat: quomodo apud Theophil *ἡ ἀγωγὴ μένει*. Non absurdè autem hinc Dd. videntur obligationem appellare matrem actionis, cum negare nequeat, illam causam hunc effectum esse, & *in l. licet. 42. §. 2. de procurat.* obligatio dicitur parere actionem: unde metaphoram hanc aut metaphoricam apellationẽ desum-

desumserunt Dd. neque magni momenti est obiectio *Ludovici Gomes. ad pr. Instit. b.t n 15* quod aliquando obligatio posita non ponat actionem: id enim aut falsum, aut irregulare est neque malè pro Dd. disputat *Ias. d loc. n. 4. inf. cum seqq.* ubi gl. ib. supplendam monet, quod mater actionis in rem sit dominium, vel ius in re: aliter autem paulo *Bart. in l. Iulianus 60 de condict ind. b. n.* 31. ne desiat hic pater, civilem obligationem patrem, naturalem, matrem appellat: sed id procul dubio contra mẽtem gl. siquidem naturalis obligatio actionem parere nequit. Porro alia considera-tione non abs re videtur ratio Baronis ad d. pr. qua hanc traditionem Dd. non tantum metaphoricam, sed etiam falsam contendit: quatenus scilicet actio tanquã tertium obiectum iuris consideratur: quandoquidem causa & effectus non videntur ex mente JCti *in l 1 de stat. hom.* diversum constituere obiectum, sed imo obligationes tanquam pars objecti secundi, ut res acquisitæ, videlicet à creditore, considerandæ veniunt. Ex quo, ut obiter hoc addam, confutatur singularis opinio Vult. referentis tractatum obligationum ad obiectum primum personarum; cum & amplius utiq; obligatio ius sit circa res, & ad rem, & propter rem: & ultimus hic obligationum finis, non ut personam nobis obligatam habeamus, sed ut rem aliquam consequamur. Et utique aliud est ius personarum, quod ad statum pertinet, aliud ius personale: multa imò plurima jura personalia sunt, quæ absurdè prorsus ad primum obiectum referantur. Disputamus hic de distinctione & explicatione obiectorum illorum ad mentem JCti & Imp. Iustiniani *in l. 1. de stat. hom.* § *ult. Inst. de iur. natur.* de quã tum ex rubr. D. tum ex serie Instit. non potest non constare: cæteroquin non prohibemus, quod quisque iudicio suo & verbis ad animi sui sentẽtiam applicatis utamur, dummodo nobis opiniones suas, an commenta pro sententiis legislatorum ne obtrudat.

XIV.

Ius in re quadruplex iure nostro deprehendi videtur: dominium, pignus, servitus & possessio.

Per dominium hic intelligo, & sub eo etiam comprehendo ius, quod habent v. c. vasallus, emphyteuta, superficiarius, &c. quod alii qui subtiliores videri volunt, ius dominio proximum, Dd. vulgo dominium utile appellant, idq; sine ulla absurditate: & superstitiosi sunt qui hac divisione offenduntur. Inter quos est *Hunnius ad Treutl. disp. 15. th. 1.* ubi prolixè satis agit, sed tamen nihil agit: quippe nemo negat hos, quos iam enumeravimus, rectè dominis opponi posse, ut tamen nihilominus alia quædam species dominii iis non immerito tribuatur, docendi videlicet causa, admisso etiam eo, quod in jure nostro ius istud quod habent, dominium non appelletur: quippe cum sæpè utamur terminis, quos Dd. appellant magistrales. Neq; tamen omnis hic deficit autoritas. cum vasallus tanquam dominus ius vindicandi habere dicatur *libro 2. feud d. invest. d re aliena* § *rei.* & effectus arguit suam causam nec ineptè dixeris, posita rei vindicatione, extra reliqua tria iuris in rem, poni alii quod dominium. Qui autem unam tantum dominii speciem adstruere laborant, distinctione veteris dominii in bonitarium & quiritarium refutantur: quæ distinctio licet à Justin. sublata sit, evincit, duas dominii species citra absurditatem statuisse posse, & eas in diversis personis in solidum, non minus ac ex sententia veriori, Proculianorum, de qua alibi, diversi generis possessiones penes duos in solidũ esse possunt. Idq; etiam ex duplici alia specie dominii, civilis & prætorii nõ difficulter osten-

ostendi possit. Plura de distinctione dominii fortassis infra dicentur circa distinctionem actionum in rem & in personam: istud interim aspergere libet, quod ex oppositione ista jurium in re, evertatur dominium possessionis, quod commentus est *Cuiac. in parat. de bon. poss.* & mirari licet quid ipsi in mentē venerit, ut ita explicaret *l. 1. de bon possess.* & magis ut per dominiū prætorium tantum retentionis ius tribui diceret, quod haud dubiè falsum est, ut merito ab ea opinione idem Cui. recessisse videatur. 10. *obs.* 16. manifestam autem commiserit homonymiæ fallaciam, qui intellexerit hic possessionem bonorum, quæ agnita dominium prætorium confert. Magis adhuc aberrare videntur, qui cum Vulteio *in* § *per traditionem* 40. *Instit. de rer diu* juris cuiuscunque, veluti emphyteutici, dotalis, &c. dominium agnoscunt, & in distinctione domini rei & iuris in re valde sibi placent: qui ead. ratione dominii, quod maximè ius in re est, aliud statuant dominiū. Absurdiores adhuc sunt, qui cum *Gœdd in l bonorū.* 49. *de V. S. n* 8. dominium etiam obligationis admittunt, contra perpetuum & certissimum usum juris, in quo dominium & obligatio & utrisq; acquirendi modi cōstantissimè opponuntur. Liceat sane illis uti ingenio, seu non decet commentis huiusmodi ius nostrum, & ingenia studiosorum turbare: Lubentius admiserim, ut servitutum dominium aliquod esse dicatur: sed rationes exequi latius ab instituto nostro & alienum.

XV.

Juris in re causæ sunt variæ, de quibus propriis locis tractatur: obligatio autem omnis vel est ex delicto, vel ex conventione magis proprie dicta, eaque vel expressa, vel tacita, & utraque vel nuda vel vestita (*a*)

(*a*) Libet & hic sequi Dd. & cum iis ita docendi causa loqui: nimis delicati sunt, qui huiusmodi distinctiones nequeūt ferre: sed & falsi, Cuiacius & alii, qui in verbo nudi, nullam distinctionis vim inesse censent: quod refutatur tot locis, quibus pactionis non nudæ fit mentio: parum refert sibi hanc fomentum sive vestimētum habere dicas, & hoc vel internum, quale est in contractibus: sive externum, & cohærentia contractus, vel à iure speciatim confirmante; sive istud prætorium sit sive civile: quæ omnia ex propriis locis peti volumus.

XVI.

Pro diversitate conventionis, diversa etiam nascitur obligatio, & modo simplex modo mixta.

XVII.

Simplex est vel civilis tantum, vel naturalis tantum.

XVIII.

Naturalis tantum iterum subdistingui potest, quod sit vel mere talis, (*a*) vel quam ius civile aliquo modo agnoscit (*b*)

(*a*) Hanc dico quam ius civile meræ honestati relinquit, & videtur carere conventione, nisi quis aliquam tacitā subesse opinetur, qualis est obligatio ad anti-

dota

dota *l. sed etsi* 25. §. *consuluit* 11, *de petit. hered.* (*b*) Hæc aliquando talis fit propter qualitatem personæ, pupilli vel servi: regulariter descendit ex conventione nuda, non paucos tamen iure nostro effectus habet, in retinendo & excipiendo *l. natura* 10. *de O. & A l* 7. § 4 *de pa.*? compensando *l.* 6. *de compensat* quod constitui potest. *l.* 1. §. 3 *const. pecun* novari *l.* 1. § *ult. de nov.* admittit pignus *l.* 1 *de pign. act* & fideiussores *l.* 6. § *ult.* & *l.* 7. *de fideiussor.* ut tamen nihilominus eo respectu quod ad actionem inefficax est alicubi impropria & abusiva obligatio dicatur *l. fideiuss.* 16. §. 4 *de fideiussor. arg. l.* 10 *de V. S.* ut hoc sensu obligatio ad species naturalem & civilem sit genus homonymum. Considerata planè ratione iuris gent. ad actionē efficax à Dd esse communiter traditur, quod contra Connan. & alios benè confirmat *Wes. in parat. d. pact. n.* 9. *in princ.* Jure quoq; consuetudinario pactum nudum actionem producere vulgò receptum est: itemq; jure Canon *Wes. d. loc.* 5. *Canonista in c.* 1. & 2. *de pact. Ias. in l.* 7 §. *sed cum nulla D. eod.* licet plerique neotericorum dissentiant, & ex his *Alciat* 5. *paradox* 3 *Forcat dial* 69 *vide Fachin.* 2. *controvers.* 99.

XIX.

Civilis nuda dici solet, quæ destituitur vinculo æquitatis.

Sive illud initio desit, ubi dolus, metus vel error intervenit: sive postea veluti pacto jurisjurando subtrahatur *l. Stichum.* 95. §. 4. *de solut.* & hæc actionem quidem parit, sed exceptione eliditur § 1. *cum seq Inst. de except.* & nec retentionis quidem effectum habet *l. qui exceptionem.* 40 *de condict indeb.*

XX.

Mixta dicitur, quæ subnixa æquitate iure civili probata, actionem ad condemnandum quoque efficacem producit: & subdistingui potest, quod sit vel verè talis vel præsumtive: (*a*) veluti quæ nascitur ex re iudicata (*b*) vel ex chirographo. (*c*)

(*a*) Quæ scilicet ex hypothesi iniustæ sententiæ, & non factæ numerationis nuda civilis dici possit. (*b*) Vulgatum illud est, quod res judicata pro veritate accipiatur, & post eam, non amplius an debeatur, sed an iudicatum sit quæritur *l. post rem.* 56. *de re iud. arg.* §. *item si quis.* 11. *Inst. de act.* (*c*) Loquor ut vulgò solent, qui literarum obligationem agnoscunt: re vera enim nullam talem esse, ostensum est *ad Tr. part* 1, *disp.* 12. *thes.* 2. Et hanc distinctionem non ignoraverunt veteres Dd. nam ita Bart. *in l* 1. *l fideiussor. num.* 3 obligationem civilem, quæ nuda dicitur aliam dicit esse, citra effectum exactionis, aliam cum effectu: quæ videlicet est illa, quam mixtā dicimus præsumptivè: quam rem non cepit Hunn. *in resol ad Tr disp. de fideiuss.* ubi simpliciter, sed omnino malè, (ut nos eod. loco ad Tr. ostendimus) contra rationem iuris & veteres Interpp. obligationi civili tantum putat accedere posse fideiussores, & prorsus ista confundit.

XXI.

Hæc quantum ad institutum nostrum satis, de con-

ventione. Delictum est vel privatum vel publicum: & hoc vel in specie tale vel populare.

Privatum delictum non una de causa diei videtur: vel quod ei tantum detur persecutio, cui iniuria facta est: vel quod ordinario iudicio coram iudice pedaneo privato tractabatur: vel quod pœna ipsi actori adiudicabatur. Plane furtum manifestum, qua in illud ex L.XII.tabb, corporaliter animadvertebatur, non videtur censendum privatum: & rapina crimen quoq; publicũ est. Et hinc à privatis iudiciis, extraordinaria separata videmus: & furtum, iniuria, quatenus ex iis extra ordinem, actore se in crimen subscribente proceditur, intra naturam privatorum criminum sese continere non videntur *arg. l. ult. de privat. iud. l. ult. de furt. & l. ult. de iniur.*

XXII.

Et ex ea quidem obligatione, quam parit conventio, semper est actio civilis: ex delicto autem promanans obligatio (*a*) modo civilem, modo criminalem: & vel alterutram tantum (*b*) vel utramq; (*c*) producit.

(*a*) Nam ut paulò antè diximus criminalis quoque persecutio generali nomine actionis rectè comprehenditur: ideoque latius etiam accipiendum est verbũ *obligationis*, non tantum pro eius delicti, ex quo agitur civiliter, sed cuiuscunq; delicti effectu: iuxta illud, quod omnis lex obliget ad obedientiam vel ad pœnã. Conventio quidem nulla hic considerari potest, quæ non est nisi inter duos *l. 1. de pact.* sed cum quisq; leges sciat, & in iis sit quædam communis sponsio *l. 1. & 2. de L. L.* (hoc enim suo modo etiam in Aristocratiis & Monarchiis obtinet) considerari potest aliquis in pœnam consensus, quippe in sponte delinquente. Nec probanda hæc videtur traditio Arist. 5. Eth. ubi delicta ex persona patientis vocat *συναλλάγματα ἀκούσια*: utrumq; præter usum iuris nostri, quo verbum synallagmatis in delictis non usurpatur. (*b*) Civilem quidem tantum, si deficiat dolus, quod contingit *in l. Aquil.* ex causa damni dati: & errat *Bart. in l. 3. de privat. del. n. 9.* qui etiam ex levissima culpa criminaliter agi posse affirmant. Criminaliter tantum agitur, ubi nullum versatur interesse partis, veluti ex causa adulterii, læsæ maiestatis, &c. (*c*) Omnibus casibus, quibus dolus intervenit, & rei familiari damnum datum est, veluti in crimine violentiæ, & in falso eiusq; speciebus; & in plerisq; criminibus seu delictis extraordinariis & privatis.

XXIII.

Et hinc descendit vulgata distinctio iudicii criminalis & civilis: quod hoc quisq; quod sua interest: illo quod interest reipubl. persequatur.

Ias. post Dd. ad pr. h. t. Et num. 15. Referri huc potest distinctio apud Ciceronem *in orat. pro Cæcinn.* ubi dicit, omnia iudicia reperta esse, aut distrahendarum controversiarum gratia, aut puniendorum maleficiorũ: hoc enim est interesse reipubl. ne turbetur & evertatur civilis societas. Atque ita iuxta thesin magis perspicua est oppositio membrorum, quæ apparet obscurius, dũ criminale iudicium dicimus,

quo

quo de pœna corporali vel pecuniaria fisco applicanda tractatur. Vulgatissimæ rationi huic distinguendi obiici solet textus *in l. Caius 22 ad SCtumSyllanian.* ubi cum causa civilis videatur pœna tamen applicatur fisco. Malam hic operã navavit Hunnius *ad Tr. th. 1. de iud.* & primò ait, quod sit iudicium criminale, quoniam pœna applicetur fisco: neq; animadvertit, hanc esse principii petitionem: quoniam hæc descriptio in dubium vocatur. Et frustra provocat ad Justin. *in § in summa 10. Inst. de iniur.* vel quia contra opponere, non est solvere nodum: vel quia Just. meminit extraordinariæ pœnæ, quam ut de pecuniaria explicemus, nulla suadet necessitas. Altera autem responsio peior est; quod ibi, ut ait Hunnius, agatur de petitione hæreditatis. Utique enim ibi fiscus iure communi non fuit heres: & ignorasse videtur, quid sit, bona nuntiari fisco: & scilicet bona, in quæ ob diversas causas fisco ius erat; ei per delatores nuntiabantur, quæ tum ille sibi vindicabat: & ita *in d. specie, l. 22.* bona heredis, qui se iis indignum fecerat, propter neglectam defuncti necem, vindicat Fiscus, utcunq; indignus ille iam mortuus sit: quoniã ut *in d. l. 22.* traditur, principaliter vertitur causa pecuniaria. Et ita in universum obtinet, ut regula, qua morte rei etiam post litem contestatam, criminis persecutio extingui dicitur *l. antep. de accusat. t. C. si reus vel accusator,* fallat in istis terminis ubi principaliter vel in crimine vel in sententia pecunia est *l. ult. ad L. Iul. peculatus, l. 3. C si pendente appell.* Non abs re tamen quis existimaverit, descriptionem communem criminalis judicii quoad illam partem: quæ est de pecuniaria pœna fisco applicanda, ita limitandam esse, si indefinitè arbitrariè agatur: ut videlicet hic non eò minus sit actio criminalis; quod iudex ex arbitrio suo pœnam pecuniariam indixit: cæteroquin si ipsa petitio in pecuniam directa sit, ita ut iudici vix aliam pœnam irrogare fas sit, (quod tamen rarius esse videtur) persecutio ista mixtam naturam sapere videbitur, in qua nec inscriptio sit necessaria, & admittatur procurator: quo referri potest, quod de actione iniuriarum ex L, Cornel proponitur *in l. licet. 42. §. 1. de procurat.* neque enim generale & perpetuum existimandum est, quod *Paulus* scribit *lib. 5. sentent. tit de iniur.* quod ex ista causa reus in corpus puniatur. Et ita accipiendus est *Iustin. in d. §. 10. Inst. de iniur.* quod scilicet iujuriarum criminaliter, non præcisè ad pœnam pecuniariam, sed extra ordinem arbitrariè agatur. Sunt tamen actiones populares, quæ certam lege aut edicto definitam pecuniam in publicum dandam persequuntur, quæ an merè criminales perhibendæ sint, ex iam dictis liceat dubitare, quin & ex L. Iulia, de annona est pœna pecuniaria viginti aureorum *l. 2. ad L. Iul. de annon.* quamvis pœnam eam in omnes casus, quibus contra d. Legem Juliam committitur, sufficere minimè existimem.

XXIV.

Et hinc igitur iuxta vulgatam distinctionem, actio civilis ita in specie dicta, erit ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur.

L. nihil de O. & A. in pr. Inst. eod. ubi miror disputari à gl. & Dd. cur Iustin. dicat superesse, ut de actionibus tractetur: cum utique post absoluta duo obiecta nonnisi tertium superesse possit, quod & recte olim notavit *Placentinus ad pr. Instit. de act.* Jeiunissimæ autem quæstiones sunt, quas Jason & Dd, ad d. pr. movent, & late tractant, cur non potius numero singulari loquutus fuerit Just. & cur non potius

tius dixerit, *ne agendo*: qua in re Grammaticos ineptè dum agunt, multa disputant, de natura gerundiorum. Sub ista porrò definitione, ut supra monitum, comprehendi etiam potest, imploratio officii iudicis nobilis: utcunque non videatur ad mentem Just. qui tamen procul dubio persecutiones, quæ olim extraordinariæ erant, voluerit comprehensas, quippe cum sublatâ veteri procedendi ratione ipse Just. omnia judicia extraordinaria esse profiteatur §. *ult. I. ft. de interdict.*

XXV.

Dicitur actio ius persequendi, quoniam consideratur hic, ut in persona creditoris radicata, non ut actu intentata.

Utro autem modo hoc verbum sumas, non videtur defendi posse sententia Placentini *ad pr. Inst. de act.* & communiter reprobata *à gl. & Dd. ad pr. Inst.* quod actio sit causa. At ille d. loc. actionem nihil aliud esse quam rationem, quæ sit argumentū proprium, quod allegatur, ut quod petitur fiat. Sed enim argumentum non potest esse ius, neq, causa agendi ipsa actio rectè loquentibus dici potest: quod adeò apertū est, ut probabile sit, Placentinum actionis verbo in singulari significatione usum fuisse, pro tota intentione actoris, qua controversia in iudiciū deducitur: (quomodo ferè opinionem Plac. videtur explicare *Ias. num. 20.*) quo sensu videtur usurpari nom. n actionis *in l. quotiens 12. de reb. dub.* & forte etiam *in l. & an. 14 §. 2. de except. rei iud.* ibi, *singulas obligationes singula causa*, &c. quamvis idem locus diversitatem actionis & causæ ostendat, ibi, *cum in rem ago non expressa causa* Illud certū est, *persequendi* verbum, in genere usurpari, non eo sensu, quo olim actiones persecutoriæ appellabantur. Non probo adeo Baronem *ad pr. Inst. de act nec ib. Donell. n. 3.* qui actionem definiri putant, tanquam quæ actu in iudicium deducatur, quæ dicatur ius, quia jure eam competere oporteat: neq, enim hoc modo à vitio excusari possit definitio: neq; verum est, quod Donell. ait, omne ius pertinere ad tractatum rerum, quamvis quæ in bonis nostris esse dicuntur, sub 2. obiectum referri posse non negem: sed hic aliter & ut in actum deducendæ, non ut in actu aut nuda facultate considerantur, v. eundem *Don. n. 7.* ubi fortè concinnius quam verius notat emphasin in verbo *persequendi*, quod significet, sequi usq; dum consequamur & assequamur, Ratione Donelli etiam movetur Hunn *lib 4. res. ad Inst. q. 2* ubi malè eorum sententiam probat, qui actionem putant definiri, quæ significat formulam prætoris: quid enim absurdius, quàm formulam appellare ius? aut quid magis alienum à mente Justiniani, quàm per actionem intelligere hic formulam? cum & non dicamus formulam persequendi: v. optimè istud refutantem *Tim. Fab. d §. 17. ad Inst. th. 1. lit b.*

XXVI.

Additur in definitione differentia, quod sit ius persequendi in Iudicio.

Scilicet ut intelligatur quemque ius quod habet, persequi debere legitimo modo & ratione: ne sibi ipsi ius dicat; sed petitionem suam proponat coram magistratu, qui ideo constitutus est, ut controversias civium componat, & cuiq; ius suū reddat: quod rectissimè intellexit Imperator Marcus, qui vim esse existimavit, si quis quod sibi deberi putat, sine iudice poscat & auferat *l. extat 13. quod met. caus.* ad

quem

quem locum limitationes quasdam notat *Menoch. remed. 5. recup possess.* & an & quando quis propria autoritate debitorem prehendere possit, v. latissimè *Ias in pr. Inst. d act. num 68 cum plurimis seqq ac ibid. Interp alii* apud quos hoc omninò constat, nonnisi in casu necessitatis, ubi non leve subest damnum & periculum, deficiente auxilio magistratus, hoc fieri posse. Etenim alias attentat privatorum insigniter iniuriam faciunt magistratui, quem ignaviæ, malitiæ aut iniustitiæ arguunt, & simul eius officium invadunt, & sibi usurpant. Unde elicitur & efficitur sponte sua, iniustas & illicitas esse vulgaras ad duellum provocationes, tanto magis, quanto cum maiori periculo, animæ & corporis sunt coniunctæ: neque ullo modo eas ab iniustitia vindicare potest, prætenta vulgo lex & ratio honoris famæque: & adeò JCti & viri boni nomen merentur, qui cum animæ periculo earum suscipiunt patrocinium: barbara lex & barbara patria hanc invexit morem, in extremam relegandum barbariam.

XXVII.

In iudicio adeò ius suum persequitur, qui super eo petitionem instituit & proponit apud magistratum, qui dum ius dicit & reddit, iudex appellatur.

Apud Romanos principio magistratus ipsos, videlicet consules, & post ei rei creatos prætores ius plenè & integrè dixisse, de causis cognovisse & iudicasse, verosimile est: & falsus adeò *Duar 1. disp. 13. in pr.* qui negat initio prætorem huic rei creatum. Sed postea, initio quidem propter occupationes, sed procedente tempore, propter dignitatem fortassis magistratus, receptum, & in assiduam Jurisdictionē conversum fuit, ut prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in iure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, & partes ad judices mitteret, qui dicebantur privati *Suetonius in Claud c. 14. Gell. lib. 14. cap. 2.* speciales *l. 5. de offic. præsid.* pedanei *t. t. C. de pedan iudicib.* dati *index. 46 de iud.* de legati *l. un. C qui pro sua iurisdictione,* recuperatores *Cor. 3 miscell. 8.* & passim apud Plaut. in causa status: deniq; arbitri in iudiciis bonæ fidei, præsertim divisoriis, *passim t. t D. & C. fam. ercisc. & comm. div.* qui nullam iurisdictionem, sed tantum notionem habebant & iudicationem *arg. l. ait. 5. in pr. l. à. divo. 15. de re iud.* apud quos in specie iudicium exerceri dicebatur. Et hæc dandorum iudicum ratio adeò obtinebat, ut vix ipse prætor iudicare posset *arg. l prat. 4. de tut & cura. dat.* de quo tamen neoterici certant & controvertunt, *Revard pro trib. c. 11. Duar. ad l. 7. §. 2. de pact.* ad verba, *actionem à prætore dandam. Vandius. quæst 10.* latissimè hac de re agit *Sigonius lib. 1. de iud.* & post eum *Rosinus & Demst. lib. 9 ant quit.* Exceptæ erant aliquæ causæ, de quibus extra ordinē prætor ipse cognoscere dicebatur, quæ adeò cognitionis prætoriæ vocabantur *l. 1. § 1 de rei vind. t. t. de extraord. cogn.* & quarū utiq; respectu prætor rectè judex dicetur, quomodo & dicitur, titulis Codicis *de offic. civ iud. & t. ut omnes iudices, & c. de iurisd omnium iudicum de bon auth. iud possid. l. 1. de iud. l. 31. § 7. d. recept. a b tr.* & proinde falsus est *Ant. Fab in ration ad l 1. §. removet. 6. in fin. de postul.* ubi negat unquam prætorem à prudentibus iudicem dici: sicut & idem Fab. turpius errat *decad. 77. error. 3.* dum ex causa interdictorum à prætore nullas formulas vel actiones datas fuisse contendit: quod totidem textibus quibus iuris ordinarii & iudicii in materia interdictorum mentio fit, refutatur. *l. 1. §. 2 fin. ul vent. nom. l. 1*

in pr. ne vu fiat & l 1 in pr. de vi arm. & passim. lib. 43. Dig. Videntur & ii errare, qui caussas status sub cognitiones prætorias referunt *Cuiac. in parat. Cod. d. caus. stat. Scip. Gent. 2. de iurud.* 18. quandoquidem in his caussis partes ad iudicem mitti apud Plaut. fit mentio recuperatorum. *Revard. lib. 3. variar* 20. nec movet *l. 32. § 1. de arbitr.* vel quia iudices etiam pedanei maiores sunt arbitris, vel quia ipse prætor iudices dat. Cæterum postea displicuit, in quibuscunq; caussis dari iudices *l. 2. C. de pedan. iud.* & necessitas cognoscendi ipsis magistratibus, vel aliis ordinariis constitutis iudicibus Nov. 82. imposita fuit: quo respiciens Just. omnia iudicia suo tempore extraordinaria fuisse dicit *§ ult. Inst. de interd* licet cum eo tempore regulariter magistratus cognoscerent, ea ratio rectè ordinaria appellari potuerit: eoque sensu Dd. hodie iudicium in ordinarium & extraordinarium distinguunt.

XXVIII.

Oportet autem institui actionem coram iudice suo, qui competens appellatur: competens autem dicitur & est, vel ex se vel ex accidenti.

Hanc materiam hic exequi propositum nobis non est: obiter saltem hanc distinctionem adiicere usum fuit: fit autem dupliciter ex accidenti competens: vel propter connexionem, quæ inducit continentiam caussæ: vel per prorogationẽ, quæ fit vel expressè per aditionem iudicis, quam præcessit conventio *l. si convenerit 1. de iurudict.* vel tacitè: & hoc rursus vel per litis contestationem, vel per institutam cõtra aliquem actionem: quæ scilicet est prorogatio, quam appellant legalem ex *l. cũ Papinianus 14. C. de sentent. & interloc.* quamvis ratio illa non bene concludat, quod acturus necessario iudicem rei adit: cui prorogationi etiam in clerico locum esse censet *Bart. in auth & consequenter. C. de sentent & interloc.* cum aliàs clerici iurisdictionem prorogare expressè prohibeantur *in cap. si diligenti. 12. extr. de for. comp.* cuius tamen rationem petitam *ex l. ius publicum 38. de pact.* rectè *Cui. in d. cap.* colorem tantum ait esse & fucum: ridiculus autem hic Fab. scribens ad *d. l. 38. de pact. in rationál.* clericos iure divino in totum exemtos à iurisdictione seculari, quoniam quæ DEI sint, tribuenda sunt Deo & omnes Impp errasse, qui contrarium existimaverint: & mirum ni fortè etiam iudice Ant. Fabro erraverit Apostolus Paulus. En tibi suavẽ & ineptissimum Theologastrum: qualem se etiam in primordio Codicis sui egregiè ostendit. Cæterùm post litis contestationem non rectè opponi exceptionem incompetentiæ docet *l. 4. C. de iurisdict.* & errant qui obiectione cuiuscunq; dilatoriæ exceptionis, prorogationem tacitam induci opinantur *Bart. in l. 18 de iurisdict. Cov. practica. quæst. 26. n. 1. Gail. 1 obs. 33. n. 11. Mynsing. 4. obs. 27.* quos rectè comprehendit Paurmeist. 1. *de iurisd. 25. n 17.* nec quicquam illos iuvat *l. ult. C. de except.* quoniam principium litis non consistit in puncto, sed habet suam latitudinem usq; ad litem contestatam: quod ipsum *ex l. penult. C. eod. tit.* confirmatur. Simplici autem conventione vel etiam iurata, ubi nullo modo iudex competens est, prorogatio induci non potest. quippe quod talis conventio non potest fundare iurisdictionem, neq; iudici citandi & citatum arctandi facultatem & potestatem conferre.

XXIX.

XXIX.

Competentia quam ex ſe dicimus, in eo poſita eſt, ut & in perſonam rei, & in cauſa controverſia iuriſdictionem habeat iudex.

Præſupponimus autem perſonam habilem, neq; enim huius loci eſt diſputare, an ætas minorennis, an infamia, an imperitia iuris iudicem inhabilem faciant.

XXX.

In ſumma competentia æſtimatur ex cauſis, ex quibus forum ſortiri dicimur: quod eſt vel commune vel proprium.

XXXI.

Commune eſt, in quo quæcunq; actiones, civilis & criminalis, in rem & in perſonam recte inſtituuntur.

Quale forum tribuit locus domicilii, ita ut hic amplius non tantum ſpectetur tempus movendæ actionis, ſed etiam quod reus habuit tempore contractus, *per text. in l. 2. C. de iurisdict.* quem non rectè acceperunt *Cyn. Salic. Sich. ibid. Donell. 17. comm. 12.*

XXXII.

Proprium eſt, quod ultra commune in ſingulis cauſis accedit: veluti in criminalibus locus, ubi quis reperitur (*a*) in actionibus in perſonam locus contractus (*b*) in actionibus in rem locus rei ſitæ. (*c*)

(*a*) *Donellus 16. commentar. 16. Vulteius in l. 1. C. ubi de criminib.* per illum textum, quem gloſſ. Cyn. Bart. Salic. Sich. ibid. ad vagabundum, vel qui ibi ubi reperitur, etiam domicilium habet, non recte reſtringunt. (*b*) Nec hoc tamen ſimpliciter, ſed ſi ibi reperiatur Vult. *in l. 2. C. de iurisdict. Covarr pract. quæſt.* 10. *n.* 3. W*urmbſer. lib. 1. tit. 6. obſerv. 18. & ſeq. arg. l. 19. in pr & §. 1. de iudic. textus in c. 1. §. contrahentes, d. for. comp. in 6.* & errat hic Fab. *dec. 90. err. 7.* ubi actionem perſonalem quocunq; loco in quo reus reperitur, moveri poſſe contendit. Dicitur autem hic locus contractus dupliciter, 1. propriè, *d. l. 19. & l. argentar. 45. de iud.* 2. impropriè pro eo loco, in quem deſtinata eſt ſolutio *l. contrax. 21. de O. & A l. 3. de reb auth iud. poſſ* in qua adeò in verbis, *nõ utiq;*, ſubintelligenda eſt particula, *tantũ.* (*c*) In hoc videlicet loco moveri poteſt actio in rem ultra locũ domicilii: nam & hunc habilem eſſe ratio iuris ſuadet, ex qua domicilium omnium actionũ commune forũ eſt: tum textus non obſcurus *in l. 1. C. ubi in rem actio*, quem miſerè contorquet *Don. 17. comm. c. 17* ubi hac unica ratione tãtũ in loco rei ſitæ actionẽ in rẽ inſtitui poſſe putat, quod alias actor finem ſuũ, & executionem iudicati obtineri non poſſit. Sed præterquam quod ſub uno Imperio, & uno magiſtratu univerſali, omnes magiſtratus inferiores mutuã ſibi operã præſtant, quales utiq, fuerunt in Imp. Rom. ampliſſimo, ex quo etiã iura

remiſ-

remissionum in causis criminalibus Novell. 134. ignorantia quoq; iuris hic labitur Don. quandoquidem iure nostro in actionibus in rem ordinariè & regulariter non fit condemnatio ad restituendam rem, sed super hoc præcedit arbitrium, cui si non pareatur, in pecuniam, quanti in litem iuraverit actor, fit condemnatio *l. eius rei 46 cum seq. de rei vind. l. tut 8. de in lit iur* & quod traditur *in l. qui restituere. 68. de rei vin. dic.* aut à Trib. est, ut passim putat Ant. Fab. aut potius ad extraordinarium procedendi & exequendi modum pertinet. Et facit quod petitio hæreditatis itidem in loco domicilii rectè instituitur *l. un. C. ubi de hered.* Nec satisfacit, quod replicant, in ista actione tantum peti, ut quis declaretur hæres: vel quia etiam restitutio rei in consequentiam venit: vel quia in rei vindicatione singulari quoque idem esse videtur *arg l. ex diverso 35. §. 1. de rei vin t.* de quo pluribus infrà.

XXXIII.

Hactenus ubi & coram quo actio instituenda sit: Sequitur ut paucis videamus de actionis instituendæ & proponendæ modo, qui distingui potest in generalem & specialem.

Generalem dico simplicem & rudem, quem dictat & præscribit ius gent. specialem autem quo quæque respubl. utitur. Et apud Romanos olim acturus reo ad album prætoris deducto edebat actionem *l. 1. in pr. de edend.* ut reus etiam privata autoritate vocatus in ius iret vel satisdaret, aliquando etiam raperetur: quod tamen non passim, nec in quosvis, sed in viliores aut vadimonii desertores licuisse verosimile est: nam nec edictum prætoris, quod certas personas aut simpliciter, aut sine venia vocari vetuit, ad eam violentam rationem pertinuisse, satis probant *ex l. 11. de in ius vocand* Ubi ad prætorem ventum erat, actor petitionem suam proponebat, secundum quam prætor formulam concipiebat: & cùm ea ad iudicem conventione partium electum; & addictum mittebat partes, quæ discessuræ à prætore in perendinum diem sibi condicebant, & sibi invicem denuntiabant, ad circumstantes dicendo, *testes estote*: quod ex Festo & aliis *Sigonius lib. 1. de iudic. Revard. 1 to libr. pro tribun.* Cui, Duar alii, ita demonstrarunt, ut in iis immorari supervacuũ sit. Et cum ita contestabantur se; mutuo litem cõtestari dicebantur: ut turpis hic sit lapsus Ant. Fabri, qui *decad. 85. err. 7.* & passim præcessisse putat litis contestationem, & postea actionem & formulam à prætore datam fuisse: cum tamen nec ipse nec quisquam sanus negare possit, perpetuò in iure nostro pro iisdem usurpari, *iudicium acceptum, & litem contestatam:* ridiculum autem sit existimare, antè formulam datam iudicium acceptum fuisse. Quoniam autem post istam veterem litis contestationem mox partes iudicem adibant, & causam suam iterum apud eum proponebant, factum inde videtur iam olim & sub Impp. Severo & Antonino, ut litis contestata diceretur, cùm iudex per narrationem negotii causam audire cœpisset: *l. un. C. de lit. contest.* narrationem videlicet actoris & responsionẽ rei *l. 2. in princ. de iureiur. propter calumn.* qua acceptione adhuc magis ridicula erit Fabri sententia, siquidẽ sine controversia temporibus Severi & Antonini adhuc iudices dabantur. Post cum ipsi magistratus cognoscerent, litis contestatio dicta fuit, & constitit in actoris intentione, & rei contradictione *l. rem. 14. §. 1. C. de iud.* adeoq; hodie nulla utrinq, est affirmativa litis constatio, ut malè putat Goedd *in l. 36. de V. S. num. 9.* malè reprehendens

Vigelium

Vigelium, qui tamen in hoc errare videtur *in libell. de lit. contest.* quod etiam antiquitus litis contestationem nihil aliud quam causæ constitutionem fuisse existimat: de quo adde notata *ad Tr. part. 1. thes. 2. lit. a. & p. 1. disp. 13. thes. 3. lit. b. & disp. 16. thes. 6. lit. a in fin.*

XXXIV.

Causa instrumentalis, qua actio in iudicium deducitur est libellus: qui ut post alios notat *Vult. lib. 1. Iurisprud. Rom.* vel inseritur supplicationi pro processibus, vel demum post citationem comparenti in iudicio reo offertur.

Quod utique semper necessarium est juxta *authent. offeratur. C. de lit. contestat.* Etenim jam olim ex Constantini & Theodosii constitutionibus *in l. 1. & 2. C. de formul. sublat.* cum non amplius judices darentur, non amplius potuit obiici exceptio non impetratæ actionis. Et tamen si à judice citante inserta sit petitionis copia, specialis forte alio libello non fuerit opus.

XXXV.

Libellus duplex statui solet, summarius simplex, & articulatus solennis.

Hodie ferè formula illa præmitti solet, ex qua ista distinctio colligitur, nicht in Gestalt eines herrlichen/zierlichē libells, sondern schlechter Erzehlung der Geschicht. Ubi notabilis est observatio & cautela, quam ex Dd. quibusdam refert *Ias. in l. ait prator. 7. in pr. n. 19. d. iursiur.* quod si actor producat libellum cum omnibus solennitatibus iuris, & adiiciat clausulam vulgarem, quod non in modum solennis libelli, sed qualis qualis petitionis, &c. debeat succumbere: quod notandum monet Jas. quoniam, ut loquitur hoc in actu practico, infringeret totum processum, & sic faceret honorem. Sed fuerit hoc fortassis honori apud Vitilitigatores, certè apud cordatos & probos viros strophæ istæ non erunt honori: ipse plane *Ias. in §. omnium. Inst. de act. n. 133.* improbat protervos advocatos, qui literas & syllabas captant.

XXXVI.

Est autem libellus nihil aliud, quam congrua debiti apud iudicem petitio, vel in iudicium deductio.

Potest quidem & solet etiam in summariis & inferioribus judiciis petitio oretenus proponi, cui verbum libelli nonnisi abusivè accommodari potest: eo autem propriè accepto libellus erit scripta petitio, vel scriptura, qua quid petatur, & in iudicium deducatur.

XXXVII.

Congruitas tum circa accidentalia (*a*) libelli, tum in essentialibus (*b*) versari & spectari potest.

(*a*) Adhæc nimirum pertinet, ne libellus sit obscurus, ambiguus, *Ias. in §. omnium Instit. de act. n. 116. & seq.* ubi itidem malitiosa cautela proponitur, ne reus petat declarari libellum, ne instruat actorem, sed tantum simpliciter opponat contra libel-

libellum. Alternativus quoque & generalis incertusque non debet esse libellus: nisi hoc suadeat qualitas obligationis vel objecti, ita ut declaratio incertitudinis non sit in potestate actoris: quos easus Dd. tractant *in §. curare. Inst de act. & ibi Ias n 57. Ioh. Fab. n. 18. vers secundo casu*, & tractatum ea de re est *ad Tr p. 2. disp. 23 thes. 3. lit. a. & thes. 4. lit. a.* (b) Essentialia sunt & consistunt in partibus libelli, quas vocant Dd. & recensent, narrationem facti, medium concludendi sive causam, & conclusionem seu ipsam petitionem. Vbi notandus error *Ias. in d. § omnium n. 115* quod (etenim libellus formatur ad instar syllogismi) narratio facti sit loco maioris: siquidem omninò ista loco minoris est: ita enim fit syllogismus: quod quicunque alteri ex iusta & legitima causa debet, eum ius æquum est solvere & condemnari: Atqui Titius mihi ex iusta causa debet: Ergo, &c. Neque mirum est, quod causa debendi ingreditur assumtionem: quoniam est medius terminus, quem in omni syllogismo bis poni oportet. Nec dubium tamen esse potest, quin omissa propositione maiori, Enthymematicè concludi possit: Titius ex mutuo mihi debet centum: Ergo peto illum condemnari. Conclusio autem in civilibus, (nam in causis criminalibus pœna à lege infligitur) ad minimum per verba æquipollentia exprimenda est *Ias. d loc. n. 134. & seqq.* ubi etiam & ibid. Schneidevv. & alii de aliis libellorum clausulis tractant: & præcipuè de ea, peto mihi jus & justitiam administrari: de qua & eius effectibus, & aliis modis per æquipollentia concludendi petendique, v. etiam *Ias. in l. petens 27. C. de pactis & ibi allegatos num. 5. & 6.* Circa causam autem vulgò distinguunt Dd. inter actiones in rem & personam: quod in illis sufficiat exprimere causam proximam dominium, sed in his requiratur expressio causæ remotæ: Sed parum subtiliter: & rectius dicitur, in illis sufficere exprimi causam generalem, in his requiratur specialis: V. C. ex mutuo vel emto: neque enim sufficeret obligationem allegare: Ratio est *in l. & an. 14. §. 2 de except. rei iudic.* quod res ex pluribus causis & obligationibus mihi deberi, sed ex una tantum causa mea esse possit. Illud etiam hic quæri solet, an actionis nomen in libello exprimendum. Et quidem antiquitus apud Romanos dubitari non potest, quin actio nominatim reo fuerit edenda, tum statim initio ante vocationem in ius, tum apud prætorem in iure, juxta quam formulam suam prætor concipiebat, neque dubitari debet: quin in formula illa causa petendi nominatim fuerit inserta. Verosimile autem est, præsertim post sublatam veterem procedendi rationem, & sublatam impetrationem formularum, suffecisse factum appositè narrari, ut inde causa petendi, & actio intelligi posset: quod etiam jure Canon. cautum est *cap. cum dilecti, ubi Felin. & alii Canonistæ extra de iudiciis*, unde cum id dubium sit de iure civili, in utroque foro iuri Canon. standum esse, notat post Dd. *Ias. in l. edita 3. C. de edend n. 2. in fin. & in § omnium. Instit de act. num. 165. & seq.* ubi inde infert, non vitiari libellum, modò rectè narratum sit, licet inepta actio sit nominata.

XXXVIII.

In summa libellus ita debet esse comparatus, ut petatur idem quod debetur, ex vera causa, & eo modo, quo debetur.

Quatuor modis contra hæc peccari, colligitur *ex §. si quis agens 33. cum seqq. Instit. de act.* si plus petatur, si minus, si aliud, & si ex alia causa. Quæ quidem omnia & singula errata sunt libelli, sed non eiusdem effectus; sunt alia coniuncta cum peri-

culo

culo & damno causæ ipsius, alia cum damno tantum v.e. expensarum: ut hic tamen intersit inter ius vetus & novum, quo periculum prius sublatum est.

XXXIX.

Plus petitur quatuor modis, re & quantitate, tempore, loco, causa.

Quibus omnibus modis olim cum periculo amittendi causam agebatur *d. §. si quis 33. in pr. de act.*

XL.

Plus quantitate petitur, si verbi causa ab eo, qui decem debet, petantur viginti,

Cur hoc modo plus petatur, in perspicuo est. Ratio autem amissionis causæ hæc est. quia secundum petitionem actoris formulam concipiebat prætor: *si patet reum viginti debere, condemna.* Ubi enim reus postea iudici probasset se tantum debere decem, iudex qui extra formulam nihil poterat, & cuius officium in absolvendo & condemnando versabatur, reum quem salva formula condemnare non poterat, necessariò absolvebat: ex quo fiebat, ut actori postea ex ead. causa, & ad idem simul agenti, obstaret exceptio iudicati. Ex quo arguitur errare Dd. qui referente & probante, & singulariter notante Jasone, exceptionem plus petitionis antè litem contestatam opponendam esse statuunt *Ias. in d. §. vers. sed hæc quidem n. 6. & 7.* quia imò hac exceptione antea obiecta, & in formulam admissa, non poterat non evadere reus periculum plus petitionis: cui convenit, quod ipsi Dd. notant teste *Ias. in d. §. si quis agens in pr n. 3.* per clausulam libello adiectam, *salvo iure superflui*, periculum hoc evitari. Hodie plane hæc pœna cessat substituta pœna tripli eius, quod sportularum nomine amplius exactum *§. tripli. 24. Instit. de act.* cum refusione omnis damni *d. §. 33. vers. sed hæc quidem, eod.* excepto casu *l. ult. C. de plus petit.* ex qua qui dolo maiorem quantitatem cautioni inseri curavit & debitorum in iudicium vocavit, toto debito mulctatur. Referente etiam *Ias in §. si quis agens. Inst de act.* existimant quidam, quod in fisco etiam post sublatam veterem procedendi rationem, duraverit pœna plus petitionis vetus, *ex l. 6. C. de iur. fisc.* sed textus loquitur de fisco, qui actionem tempore finitam movet: & forte tamen sub Constantino non exolevit plane dandi iudices mos: sed & quamvis ab hoc more causam habuerit, pœna plus petitionis, possit tamen à Lege eadem introduci & conservari, illo more sublato.

XLI.

Plus tempore petit, qui petit antequam dies venerit.

Ratio est quia adimit reo utilitatem, quam ex fructibus vel usuris interim percipere potuisset: ex quo concludere liceat, cessare hanc pœnam, si dies fuerit adiecta favori creditoris, quoniam in eius potestate est detrahere diem & statim solvere. Et est hic eadem ratio amissionis causæ, quæ in membro priori: quod scilicet ubi reus probasset iudici, se nondum debere, non poterat iudex eum secundum formulam pure conceptam condemnare, sed necessariò eum absolvebat, & adeò iterum agenti exceptio rei iudicatæ obstabat: eoque itidem exceptio hæc post litem contestatam obiicienda erat. cùm alias clausula libello inserta, *cuius pecunia dies venisset*, actorem à periculo plus petitionis liberaret, iuxta *notat. ad Treutl. p. 1. disput. 4. thes. 13. lit. d.*

Dixi in thesi, *antequam dies venerit*: cæteroquin antequam dies cesserit, non potest quis dici agere: quoniam ex sententia veriori ex obligatione in diem statim nata actio est, ut pluribus comprobatum est *ad Tr. p. 2. disp. 17 lit. e. th. 6.* Illi autem manifestò falsi sunt, qui referente & non improbante *Iaſ. in d. §. 33. Inſt. de act.* pœnam plus petitionis ante iura Dig. solum obtinere putarunt: lapsi ignorantia veræ rationis: neque enim dubium est, quin iure Digest. adhuc iudices pedanei fuerint dati. Et ex ead. ignorantia descendit, quod sese implicant circa distinctionem conditionis & diei, diei certæ & incertæ, ut apud eund. Jas. videre est. Et scilicet in die certa res liquida est, & itidem in die incerta, quando sit extitura: sed dè conditione, & quæ eod. iure utitur in obligationibus, die incerta, *an*, vel *an & quando* sit extitura, res dubium recipere potest, an videlicet qui pendente adhuc conditione egit, olim inciderit in periculum plus petitionis. Et magis est, ut pœnæ illi locus non fuerit: siquidem ubi nihil agitur, & nihil in iudicium deducitur, necessum est illam pœnam cessare, cessante quippe exceptione rei judicatæ: atqui cum pendente conditione dies nondum cesserit, & obligatio nata non sit, necdum quicquam debeatur, nihil etiam agitur, & nihil in judicium deducitur. Et hoc confirmat elegans locus *in l. un. § pen. & ult. quando dies usufr. leg.* ubi inter se opponuntur legatum usufructus ex die, & legatum aliud, vel quæcunque alia promissio ex die certa: quod hic quidem dies cesserit, licet nondum venerit, illic autem nec cesserit quidem: eoque subiicit JCtus, quod illic quidem ante diem nihil agatur: ubi autem malè agitur, locum demum habuit periculum plus petitionis. Verba JCti ita habent: Scævola ait, agentem ante diem usufructus nihil facere, quamvis aliàs qui ante diem agit, malè agit: quam oppositionem manifestissimam inter nihil agere & male agere, simul & sententiam JCti evertunt, & particulam, aliàs, otiosam & ineptam efficiunt, qui illo loco *quamvis* explicant per *quoniam*. Efficitur autem hinc, non satis rectè in hac materia plus petionis eiusque periculo, à Justin. *in §. si quis 33. vers. p. us autem. Inſtit. de action.* coniungi tempus & conditionem: nisi hactenus, quod utroque casu plus petitur, & utilitas temporis & conditionis reo aufertur. Errant autem illi procul dubio, qui distinguunt an dies ab initio, an postea pacto demum fuerit adiectus, ut ostensum est *ad Tr. part. 2. disp. 26. thes. 3.* Hodie periculum istud cessat, & ex constitutione Zenonis *in l. un. C. de plus petit. §. temporalis. 10, Inſtit. de except.* induci duplicantur, & alterum tantum tempus reus expectare cogitur: ut videlicet duplicetur tempus computatum à die contractus, non verò illud tantùm, quod superest à die petitionis, ut rectè contra quosdam tradit Jas. *in §. si quis 33 in vers. sed hac quidem. Inſt. de act.* Quid si quis petierit ante conditionem? Rectè communiter placet, pendere hoc ab eventu, & tantum temporis duplicari, quantum intercedit inter tempus contractus & existentis conditionis: à qua sententia malè recedit *Iaſ. d. l. n. 4.*

XLII.

Loco plus petitur, cum alio loco, quam adiectio pura & stricta actione petitur.

Rationem reddit Justin. *in sæpe d. §. si quis. vers. loco Inſtit. de act.* quod diversis in locis & precia mercium variant, & diversis usuris pecuniæ accipiantur, eoque alio loco petens, iniquam conditionem infert reo. Dixi autem actione pura: quoniam in bonæ fidei judiciis non attenditur locum adiectum esse *l. 7. de eo quod cert. loc.* Dixi,

actione

actione stricta. quoniam actione arbitraria alio loco rectè agitur, *t. t. de eo quod certo loc.* de quo agetur infrà inter species actionum arbitrariarum.

XLIII.

Denique plus petitur causa, si ex obligatione generali, vel alternativa certa species petatur.

Quia adimitur electio debitori, qui potest solvere utrum velit *d. §. 33. vers. huic autem. de act.* Unde rectè inferunt Dd. creditorem, cui electio data est non incidere in hoc periculum. Huius autem & præcedentis plus petitionis pœna expressa est *d. loc. vers. sed hæc quidem.*

XLIV.

Hæc ita de errato plus petitionis. Cætera errata etiam iure veteri sunt extra periculum amissionis causæ: sed quoad rationem procedendi, & errorem corrigendi, inter utrumque ius, vetus & novum, differentia est.

Scilicet periculum amissionis causæ iure veteri ideò cessavit, quoniam exceptio rei judicatæ, tunc demum obstat, ubi idem quod antea & ex ead. causa in judicium deducitur *l. cùm quæritur. 12. l. 13. & l. 14. in pr. de except. rei iudic.* quæ adeò exceptio, licet absoluto reo, actori qui aliud aut ex alia causa petit, non obstabit. Sed cum tamen, ut paulò superius dictum, reus necessariò iuxta formulam, qua aliud vel alia ex causa continebatur, absolveretur, aut tantum in minus condemnaretur, iterum acturo, nova petitione, & nova interpellatione prætoris opus erat, *arg. l. non potest 23. de iudic.* & ita consequenter impensas, quas actor in prius judicium, quo absolutus erat reus, fecerat, perdebat: ubi tamen secus fuisse videtur, si actor minus petiisset, in quam summam nimirum condemnabatur reus: quoniam cuivis, salvo iure petendi residuum, actionem dividere licet, de quo alibi tractatur: ut hic nullum penè erratum commissum videatur, nisi hoc erratum appellare velis, quod actor eo iudicio totum non consequebatur. Et huc pertinet *l. edita 3. C. de edend.* quod liceat mutare vel emendare actionem, prout edicti perpetui permittit autoritas, vel ius dicẽtis decernit æquitas: hoc videlicet sensu, vel quod post privatim actionem reo editam iuxta *l. 1. de edend.* liceat actori post apud prætorem aliam dictare actionem: vel quod post litem contestatam actio nova à prætore fit petenda: nam & hoc admitti potest, quod non semper necessum fuerit, absolutoriam sententiam sequi, sed actor cognito errore liti renuntiare, & aliam actionẽ à prætore petere potuerit: cum præsertim etiam renunciatio ista actionem, cui renunciatum est aut consumat, aut utique exceptionem litis finitæ reo pariat *l. postquam 4. C. de pact.* Doctores vulgo *in d. l. 3.* explicant de impensis refundendis reo, & novo termino ad deliberandum concedendo, *ex auth. offeratur. C. de lit. contest.* sed non ad mentem Impp. quorum est *d. l. 3.* qui longe antè Just. quod etiam observavit *Ias. in d. l. 3. n. 2. in fin.* ubi aliò id refert. Hodie aliàs diversum ab eo, quod de nova interpellatione diximus, obtinere docemur *ex § si minus 34. cum § seq. Inst. de action.* quæ loca ostendunt, eum extra periculum causæ admittendæ esse actorem, quod veteri iure idem obtinebat, sed etiam petitionem mutari posse, manente eodem iudicio: ita enim ait Justin. quod mutata petitione eodem iudicio iudex condemnat reum: quæ verba, *iudex eodem*

eodem iudicio coarguunt explicationem glossæ: quæ, *eodem iudicio*, explicat, *coram eodem iudice*, quam etiam hoc nomine reprehendit *Iaſ in d §. ſi minus n.* 23. Ante litem equidem conteſtatam poſſe etiam mutari libellum, apud omnes eſt in confeſſo: ſicut & hoc, quod poſt litem conteſtatam emendari libellus poſſit: (emendationem enim ad accidentalia & acceſſoria referunt) notant omnes *in d §. ſi minus Inſtit de action. in d. l edita C. de edendo*, in quo tamen cum aliis errat *Iaſ in d. §. ſi minus.* 11. dum petitionem pluris refert ſimpliciter ad emendationem; quod utique iure veteri falſum fuit. Sed poſt litem conteſtatam eodem iudicio mutari poſſe libellum communiſſimè negarut, etiamſi adiecta fuerit clauſula *ſalvo iure addendi. Iaſ. in d l. edita. num.* 41. ita ut nec in continenti poſt lit. conteſt. mutatio admittatur, licet hinc diſſentiat *Iaſon d loco n.* 13. & 14. Sed reſiſtit communi illi opinioni *d §. ſi minus*, in iam dictis verbis, *eodem iudicio*, quæ nonniſi abſurdè ad caſum litis nondum conteſtatæ reſtringi poſſunt: cui ſententiæ obiicitur fruſtra *auth. qui ſemel. C. quomod. & quand. iudex*: quoniam ut rectiſſimè hic reſpondet *Iaſ. in d. §. ſi minus n.* 13. & *in d l edita n.* 18. is locus eſt de reo tergiverſante & litem deſerente, non eo qui errorem vult corrigere, & in iudicio perſeverare. Sanè *Ioh. Fab. in d. §. ſi minus*, cuius opinionem in puncto iuris veram putat. *Iaſ. ibid. n* 23. exiſtimat *per d. §. ſi minus*, quod emendato errore, & ita mutato libello in eadem etiam inſtantia iudex reum condemnet. Quod fortè admitti poſſit, ubi actor minus petit, cum id revera non ſit aliud, & duret eadem petendi cauſa: ſed hac mutata, vel etiam re perita difficile ſit dicere, eandem durare inſtantiam; quia nova dilatione & nova reſponſione & contradictione & deliberatione opus eſt; quæ cùm faciant novam litis conteſtationem, non poteſt omninò idem iudicium & eadem inſtantia videri. Veritas & ſimplex huius rei deciſio meo iudicio hæc eſt: quod ſi ſubtiliter conſideremus, quæ ſit identitas iudicii, non videatur eſſe idem iudicium, ubi nova intervenit litis conteſtatio: & ita nō abſurdè defendemus communiſſimam Dd. ſententiam quæ poſt conteſtationem litis factam, eodem iudicio libellum mutari poſſe negat. Quod ſi conſideramus continuatam quaſi litis tractationem coram eadem perſona, eodem iudice, nec ulla opus eſſe nova citatione, aut novi omninò libelli productione, & quod omnia, quaſi in locum priorum ſubrogentur, non abſurdè idem iudicium appellari poſſe videatur: eaque procul dubio ſententia eſt Iuſtin. *in d. §. ſin minus*, ubi idem iudicium durare ait, cuius quippe mutatio vix apparet, cum præſertim hoc dici videatur oppoſitivè ad ius verus, quo manifeſta erat mutatio, nova quippe facta interpellatione. Hunnius quod in reſolutionibus abſolutiſſimis miretis, hic prorſus elingu ſeſt. Nos quæ hic deſunt ex notaris ad *Tr. diſp* 4 *th.* 13 *lit b.* ſuppleri cupimus, & hoc addimus, quod communiter receptum notat *Iaſ in l. edita.* 3 *C. de edend. n.* 27. emendationem & mutationem tantum unam, non plures admitti; ubi etiam *n.* 28, notat ſpecie a tres mutationis.

XLV.

Hactenus ſatis de verbis definitionis, *in iudicio*. Sequitur in ead. quod *ſibi* debetur.

Verbum iſtud *ſibi* emphaſin quandam habere videtur. Et antiquitus omnes actiones legis actiones erant *l.* 2. *§.* 6 *de orig. iur.* quas nemo alieno nomine movere poterat *argum l. nemo.* 123. *de reg iur t. t. inſtitut de his, per quos ager. poſſeſſ.* quod poſtea ex ratione ibid. adiecta mutatum, & permiſſum pro alio agere, ut tamen nihilomi-

hilominus qui ita ageret, litem contestando, litis dominus efficeretur: & ut ante omnia constaret de mandato, aut in dubio caveretur de rato *l.1.C.de procurat.* quæ oppositio *d.l.1.* ut hoc obiter addamus, manifesti erroris coarguit eos, qui in mandato procuratorio clausulam de rato habendo necessariam esse putant: quoniam ita efficeretur inepta oppositio *d.l.1.* & quoniam ideo requiritur cautio rati, ut postea negante domino se mandasse, & iterum agente, reus, quod sua interest à falso procuratore consequi possit eiusque fidejussoribus: neque ubi de mandato constat, dominus iterum agere volens, audiri potest cum perridiculum sit existimare, eum posse non ratum habere, qui mandatum expressum de agendo dedit: planè ratihabitio pro mandato habetur, ubi nullum præcessit, nec utique plus operari quàm mandatum potest, adeoque eo præcedente nonnisi potest esse supervacua: prorsus ubi non est opus ratihabitione, ibi non est opus clausula de rato: Atqui ubi de mandato constat, non est opus ratihabitione *d.l.1.C.de procurat.* Ergo, &c. Et proinde non potest esse necessitatis: quod de clausula ratihabitionis traditur *in l.si procuratorem 65.de procurat.* cum præsertim ibi de literis ad ipsum adversarium directis agatur: Pro reo autem etiam sine mandato rectè defensor intervenit *l.Titius 76.de procurat.* ex qua notandum; quod statim post satisdationem domini loco habetur. Interest enim rei ne conveniatur à falso procuratore, qui nihil in iudicium deducit *arg.l.licet 24,C.de procurat.* eoque reo utcunque absoluto, domino iterum agente exceptio rei judicatæ non prodest *l.1.C.quib.res iudic.non nocet.* nihil autem interest actoris, à quo debitum suum consequatur: cum etiam quilibet pro invito & ignorante solvere possit *l.solvendo 39.de negot gest.* Sed & hoc speciale in reo, quod etiam qui mandatum defendendi habet, de iudicato solvendo satisdare tenetur, *l.un.in fin.C.de satisd.* etiamsi dominus præsens pro eo satisdederit *d.l.un.§.si verò aliquis.4.Instit.de satisd.* in cuius fine Justin. aliam insuper vult cautelam vel satisdationem propter personam ipsius, ut loquitur, exponi, quod tempore sententiæ recitandæ in iudicium veniat: quem locum Accurs. ita explicat, ut à procuratore cautionem eam præstandam existimet: quod sequuntur *Pacius in not.ibid. & Tr.part.1 disp.5 thes.4.lit.b.* ubi paraphrasin Theophili istam explicationem probare ait: ad quam etiam Pacius provocat d.loc. licet in alteram opinionem magis inclinet. Sed quod mireris, utrumque oportet, aut negligenter aut Latinam tantum versionem Curtii vidisse: nam textus Græcus perspicuè explicationem Accurs. refutat, ut ostendimus ad Tr.d.loc. Hic autem Hunnius resolutionum scilicet absolutissimarum autor, iterum mutus est. Vetus illud est gloss. Græca sunt non leguntur, multò minus intelliguntur. Illud constat sive quis suo sive alieno nomine agat, eum legitimam personam in iudicio standi habere oportere, ne iudicium vel ipso iure nullum, vel per restitutionem in integrum irritum efficiatur.

XLVI.

Sequitur tandem in definitione, quod *debetur*.

De hoc iam aliquid in præcedd. dictum, Latius autem aliquantum usurpatur hoc verbum, ut videlicet etiam comprehendat, quod persequimur actione in rem: nec placet quod Dd. plerique notant, *ad fin.pr.Instit.de act.* quod actio in rem impropriè dicatur actio, quibus rectè contradicit Ludovicus Gomes. *ibid.in fin.* quamvis enim in specie verbo actionis, in personam actio veniat *l. actio. 28 de Obl.& A.* & verbum debuit in specie ad actiones in personam referatur: (cuius contrarium malè Hunn.

Hunn. loco in f. notato prohibari putat *ex l. 178. in fin. de V. S.* quia ibi non actionis in genere, sed in personam species referuntur) attamen non sequitur, quod actionis verbum etiam propriè, latius sumtum non contineat actionem in rem. Et est textus *in l. actionis 37. de O. & A.* neque enim necessum est, ut omnium ibi propositorum exemplorum eadem sit ratio. Et *in l. actionum. 25. eod. tit.* duo genera actionum traduntur, in rem & in personam. & *in §. 1. Instit. eod.* de quo v. etiam si libet *A. Fab. 20. coniect. 7. & Liclam. 4. membr. 7. Ias ad pr. Institut. de act. numer. 98. cum seqq.* ubi multis ostendit quod qui possidet rem meam, propriè non possit dici debitor. Planè non potest dubitari de mente Justin. qui ineptè subiecisset hanc divisionem definitioni præmissæ, si eam non esse generalem, existimasset: ut superstitiosus hic sit Hottom. 3. *obs.* 17. ubi nisi addantur definitioni verba, *vel quod suum est*, angustiorem eam definito futuram putat: cum tamen nullo modo necessarium sit, ut verbum deberi, ita strictè accipiatur: sed in genere, ut debere quisque dicatur, ad quod præstandum iure tenetur, ut not. *Dom. ad d. pr. Inst. n. 10.* licet verbo in specie sumpto, verum sit quod extat *in l. scribit. de aur. & arg. leg.* quod suum cuiusque sit, id ei non deberi, quæ perspicua & brevis huius rei explicatio. In qua prolixè nugatur *Hunn. lib. 4. resol. q. 3.* & merum transcriptorem agit & illud eius suave, quod compensationem, quæ est debiti contributio, etiam in realibus actionibus locum habere ait: quod illo sensu falsissimum est, nec minus falsum illud ex ratione iuris antiqui, (nam nova *l. 1. C. comm. d. leg.* hic frustra adducitur) quod legatum quod vere deberi dicitur, petatur actione in rem. Sed potius à pumice aquam expectes, quam ab isto homine ullam sani iudicii stricturam. Et tamen *deberi* hic significat debitum civile non naturale tantum: (nam & civile debitum naturale est) eoque & ad generalem significationem, naturalis obligationis, puræ & mixtæ referri forsitan possit *l. 10. de O. & A.* Planè ex obligatione naturali nuda actio nasci non potest: quia in re turpiter labitur *Ant. Fab. in rational. ad l. 10. §. 1. de pact.* ubi ait pactum nudum sufficere, ut quis ex eo petere, & litem contestari possit, & tamen ex eo agi posse negat: ex quibus hoc implicat contradictionem: illud autem insubtile & penè stupidum est: cum ex ratione iuris nostri fieri prorsus nequeat, ut super obligatione, quæ nullam actionem parit, formula à prætore peti, & litis contestatio sequi possit. Turbavit Fabrum *l. si pacto. quo 14. C. de pact. l. 5. C. de contr. stipul.* ex qua etiam *Cui. in d. l.* 10. admittere coactus fuit, in ea specie reum cogi, ut ex pacto nudo secum agi patiatur: sed potuissent & debuissent discere ex *Bart. & Castr. ad d. l.* 14. quod licet ex pacto non sit petitio, ut proinde nec mora esse posse videatur, tamen quia reus qui pactum fecit, permisit subiici pœnalem stipulationem, & stipulanti promisit, ex hoc ipso satis esse ad effectum intentandæ actionis, ex stipulatione pœnali, quod reus pacto nudo promissum non præstitit. Prorsus nihil absurdius dici potest, quamque Fab. ait, pactum non prodesse ad agendum, aut impetrandam formulam à prætore, sed tamen sufficere, ut ex eo litis contestatio fiat. Ergone litis contestatio præcessit actionis institutionem & formulam à prætore petitam? Hæc quidem à iure nostro & veteri & nova alienissima, imò monstra & portenta sunt. Sed adhuc crassior & gravior circa hæc verba *quod debetur*, notandus est error eiusd. Ant. Fabri *decad. 85. errorum suorum. c. 7.* ubi ait non tantum ex faciendi, sed etiam dandi obligationibus, sive bonæ fidei iudicio, sive stricto agatur, nunquam rem ipsam quæ dati debuit, in actionem & iudicium deduci, sed semper eius æstimationem. Quod effatum verè ait Fab. nemini ante in mentem venisse: quoniam nemo hactenus eo evasit impudentiæ, ut propositionem evidentissimè plus quam falsissimam, contra manifesta principia & textus iuris defendendam susciperet: cuius quidem propositio-

positionis falsitatem arguit vanissimum fundamentum, quo nititur Ant.Fab. quod per litis contestationem induccatur novatio. Etenim 1, hoc perspicuè falsum est, ut ostendimus *ad p.2.Treutl disp.29.th.5.* Sed & modo aliquid novi fiat, potest novatio fieri.& per sententiam demum novatio,(nec tamen & hæc absoluta) existere videtur, si Iustiniano credimus *in l.3 C.de usur.rei iud.* 2.quoniam etiam in actione in rem litis contestatio fit, & in iis tamen rem ipsam in iudicium deduci, qui neget, fatuus sit, nec ipse Fab. negat. 3. Nulla novatio fit sine voluntate contrahentium, vel expressa, vel coniecturata: nulla autem hic talis est. 4. Si velitis contestationem ad rationem iuris antiqui, sive novi consideres, nullo modo ad novationem prioris obligationis tendit: & denique 5. cum litis contestatio post formulam datam olim fieret, ut suprà ostensum, & hodiè utique post libellum oblatum, fieri prorsus non potest, ut priori obligatione novata, litis contestatio efficiat, ut æstimatio loco rei iam petitæ in iudicium deducatur. Planè cum passim pro diversitate actionum modo litis contestatæ, modò sententiæ ferendæ,& etiam moræ tempus circa æstimationem rei petitæ spectari legamus, vel hinc fieri nequit, ut semper æstimatio in iudicium fuerit deducta. Enim verò non potest dari solida ratio diversitatis, inter actiones in rem, & in personam: siquidem ipse Fab. hanc rationem monstrosæ suæ opinionis reddit, quod necessariò idem esse debeat in sententia & in libello: nec quisquam crediderit apud prætorem rem debitam æstimatam fuisse: & procul dubio super ipsa re debita,& apud prætorem necessario petita, litis contestatio facta fuit: & in actione commodati, & aliis bonæ fidei iudiciis, in quibus in litem iuratur, fieri non potest,ut æstimatio deducta fuerit in libellum, quoniam propter contumaciam condemnatio fit, quanti actor in litem iuraverit: *& in l.5.de in lit.iur.* traditur, quod in actione stricti iuris iuretur in litem, quando iudex fine delatione non potest æstimare rem petitam: ut necessum sit, in libello æstimationem non fuisse, facit, quod apertissimè docet Iustin.*in §. si quis agens 33.vers.huic autem.Inst.de act.* in obligatione generis,& in alternativis, necessario genericè aut alternativè esse petendum :& adeò non poterit hic æstimatio in libellum deduci. Sed piget plura perdere verba in re manifesta: & plura dicemus in exercitationibus nostris, quas ex professo contra Fabrum scripsimus. Illud saltem addimus, falsum esse, quod Ant. Fab. ait, non posse aliud esse in sententia, quàm quod fuit in libello: quod ne hic prolixiores simus, confutatur unico loco *l si servum 91.§ ult & pen.de V.O.* ubi dicitur si homo debitus culpa occisus sit, eum adhuc peti posse: adeò necessum est, ut in libellum ipsa res debita deducatur. Et ita, ut hoc quoque subiungamus, libello quidem persequimur, quod nobis debetur,& in obligationem deductum fuit, sed non protinus idem consequimur, etiam in casu speciei debitæ, Nam in obligationibus faciendi ita comparatum est, ut post moram quasi novatione facta, non ad faciendum amplius, sed tantum ad interesse agamus, ut ostendimus ad Treutl. *part.2.de V.O.th.1.in fin.* In speciem autem debitam & petitam condemnatio non fit, vel ob impossibilitatem,& impotentiam præstandi, veluti si res perierit *l 8.in pr. d condict furt.* vel etiam sine magno incommodo præstari non possit *iuxta §. non solum. 4 Instit de legat.l.si domus.71.§.3.de legat.1.* tum contemplatione æquitatis, quæ vel est à causa debendi, quo referri potest *l.si quis argentum 35.§.3. C.de donat.* vel à qualitate rei debitæ, & erga eam affectione debitoris, iuxta *dict.l.71.§.3.de legat.1.* quinimò ex ratione iuris Romani, nec ad præcisam rei debitæ & petitæ præstationem quis adstringi videtur, sed iniuriam quam propter contumaciam rei actor sensit, condemnatione vel in pœnam, vel in æstimationem,& hanc vel à iudice, vel ab actore

D per

per iuramentum taxatam, lex compensat: de quo actum ad Tr. *diss.* 28. *part.* 1. *thes.* 1. & dicemus infrà in materia actionum arbitrariarum. Denique hic disputant Dd. de actionibus popularibus an verba, *quod sibi debetur*, atque adeò definitio actionis ipsis competat. Et sunt istæ actiones duplicis generis: quod in quibusdam privatus aliquis interesse habet, in quibusdam non habet: in illis semper præfertur, cuius interest *l. 3. de popul. act. l. 3. in pr. de sepulchro violato.* Extra hunc casum actiones populares cum omnibus æqualiter propositæ sint, ita sub hanc definitionem pertinent, quatenus ut ab uno occupatæ, & ei iam propriæ factæ, vel certè ut faciendæ considerantur, quod fit per litis contestationem *l. 12. de V S.* Vnde infertur, quod ex causa actionum popularium pœna quæ petitur, regulariter fit actoris; qui aliàs non diceretur creditor *d l* 12. & hactenus rectè Gœdd. *in d l.* 12. *num.* 15. istam regulam statuit: sed illud porrò non rectè, quod nullam videtur admittere exceptionem: & illud per quam durum, quod verba *l. ult. de termin. mot in publico dari*, ita explicat, *ex populari actione dari:* quod sequitur miser Huno. *in resolut. lib.* 4. *quæst.* 4. cuius omnia ibi proposita, ex Gœdd. & aliis, quos ibi allegat, tantum non ad verbum transcripta sunt: neque video, cum *in l* 25. §. *ex hoc edicto, ad SC. Syllanian.* admittat exceptionem, cur non etiam admittat in specie *d. l. ult.* & tamen *in d. l.* 25. pœna in solidum ipso iure ad fiscum pertinet, & præmii tantum loco pars actori datur. Utrique penes prætorem, vel legem aut principem fuit, pro libitu formam præscribere actioni populari: quam propter causam, ex qua competit, & delicti qualitatem, inter publica iudicia in specie dicta referenda non putaverunt: cæteroquin aliæ persecutiones criminum neque publicæ neque populares, sed privatæ sunt. Ergo exceptionem admittemus, sed regulam etiam tuebimur; propter quam *post. lit. cont.* non autem antè, qui act. pop. habet, dicitur locupletior, *l. penult. de popul. act.* de quo plura *Donell ad prin. Institut. de act. num.* 12. Eadem videtur esse ratio actionis iniuriarum, quæ quia in hæredem etiam iniuriam passi non transit *l. 13. de iniur.* antè litem contestatam in bonis nostris non computatur *l. iniuriarum.* 28. *de iniur.* Propria ratio est usurarum, quæ ex mora deberi dicuntur, & tamen in obligatione esse negantur *l.* 49. §. 1. *de act. empt.* quia scilicet promissæ non sunt, sed officio iudicis accedunt *d. l.* 49. ideoque etiam implicitè semper petitæ censentur: quinimò etiam suo sensu & modo petendæ sunt.

DISPV-

DISPVTATIO II.

Respondente

HIERONYMO ALBERTO SUIDNICIENS. Silesio.

THESIS I.

ACtionum affectiones & qualitates variæ sunt, quæ ex divisionibus earum deprehenduntur, & quæ non iniuria definitionem subsequuntur. Divisionem autem principalem actionis constituimus, in puram & mixtam.

II.

Mixta & consequenter pura actio dicitur, tum ratione processus & constitutionis iudicii, vel ipsarum personarum litigantium determinationem: tum ratione obiecti & causæ efficientis: & vel unius tantum, vel utriusque: & rursum vel simpliciter, vel dupliciter, ut simul & causa, & obiectum duplex sit.

III.

Juxta priorem distinctionem pura est actio, in qua alter litigantium actor tantum, alter reus tantum est.

Idque obtinet regulariter extra iudicia divisoria; in quibus uterque rei & actoris partibus fungi dicitur: item in interdictis retinendæ possessionis § *pen. Institut. de interdict.*

IV.

Altero ſenſu actio pura dicitur, quæ eſt rei perſecutoria tantum, vel pœnalis tantum: mixta, quæ perſequitur utrumque.

V.

Denique pura actio eſt, quæ vel eſt in rem tantum, vel in perſonam tantum: mixta, quæ eſt in rem & in perſonam.

Hanc diviſionem à materia vel obiecto tantum deſumtam ſtatuit F*orſterus diſp. 1.de act.theſ.3.* & improbat *Donell.in §.1.Inſtit.h.t.* qui ait eſſe à cauſa efficiente. Planè ſi verba tantum conſideres diviſionis, videtur ita eſſe, ut vult Forſter.ſed ſi rem ipſam putamus, potius eſt à cauſa efficiente, quæ vel eſt dominium, aut generalius ius in re, vel obligatio. Hinc enim fluit diverſitas illa, quod actio vel in rem eiusve poſſeſſorem, vel tantum in certam perſonam dirigitur: quoniam ex obligatione deſcendens actio, non poteſt in alium dari, quàm qui contraxit & obligatus eſt. Idque evidentius hinc apparet, quod in obligatione ineſt quædam relatio ad eum, cum quo contraximus, cuius perſonam non egreditur *l. actionum. 25.de oblig. & act.* neque in alium tranſire poteſt, niſi eum qui repræſentat debitoris perſonam videlicet hæredem. Jus autem in re abſolutum quid eſt, eoque actio in rem, ut *Juſtin. ait in* §.1. contra eum datur, qui nullo iure nobis eſt obligatus. Ex quo etiam dependet formularum & intentionum diverſitas; & in perſonalibus actionibus formula refertur ad reum, *aio te mihi dare vel facere oportere:* formula autem actionis in rem eſt abſoluta, v.c. *aio hanc rem iure Quiritium meam eſſe*: quo probato ſequitur, ut res penes poſſeſſorem non amplius manere, ſed ab eo etiam ſi ad hoc ex facto aliquo obligatus non ſit, reſtitui debeat: de quo in ſeqq. plura dicentur: hic enim generalia proponuntur. Iſta autem oppoſitio membrorum, & ratione obiecti, & ratione cauſæ oſtendit, rectè dici à Juſtin. quod actio in rem detur contra eum, qui nullo iure nobis obligatus eſt: id eſt, neque ex contractu, neque ex delicto, & omninò ex nulla conventione: quod rectè hic notant Dd. immeritò & vitiosè reprehenſi à Tr. *p.1.diſp.16.th.4.lit.a.* Atque hinc etiam & formularum diverſitate defenditur oppoſitio membrorũ *in rem & in perſonam* de qua nimis multa *Don.in §.1.Inſt.de act.* quod res non poſſit conveniri in iudicio, & in ius vocari. Satis eſt, quod perſona præcipuè in conſiderationem non venit, ſed quia reſtituenda res eſt, nec eam propria autoritate apprehendere licet, qui eam tenet, appellandus eſt, ſi modò eam ſibi aſſerat, cæteroquin eam deſerendo judicium evitat, *l.ult.de rei vind.* Certè nonniſi impropriè & abuſivè dici poteſt conveniri ipſa res, licet ita loquuntur, ſed in ſpecialibus & extraordinariis caſibus JCti *in l.Imop.7.de public l.deniq.18.de iure fiſci.* ex quibus textibus id affirmat *Ant.Fab.*(ſed tamen poſt *Don.in d.§.1.*) *coniect.* 8 ubi inde ineptam rationem ſumit ad excludendum ius reconveniendi in rem actionibus, quod res non poſſit reconvenire. Certè ad vindicationes rerum incorporalium, quæ tamen ſpecies ſunt, id transferre non poſſis.

VI.

Et hæc mixtura duplex est: altera ubi actio causa tantum personalis, obiecto tantum realis est.

Eiusmodi sunt actiones, quæ dicuntur in rem scriptæ, & ex earum numero præcipua, actio quod metus causa, quæ origine & causa efficiente personalis est, natæ quippe ex delicto, & tamen datur contra quemcunque possessorem *l. metum 9. §. ult. l. item. 14 §. in hac 3 quod met. caus.* In hoc tamē actionum genere, non ita apparet causa utraque propter quam realis actio dicitur: si quidem etiam si res ex contractu debita, per vim extorta sit, actioni, quod met. caus. locus est.

VII.

Altera mixtura est, cum actio & duplicem causam efficientem, V. G. & dominium, & obligationem: & duplex obiectum duplicemque intentionem habet.

Tales statuo actiones, quæ competunt pro divisione, actionem famil. ercisc. commun. divid. fin. regund. & amplius petitionem hæreditatis, quam rectè *Cuiac. in paratit. C fin. regund.* quadrigam actionum mixtarum appellat: rectè inquam & verè: neque suavis hic Cuiac. sed suavis & ineptus est *Anton Fab. decad. 49. err. 4.* ubi infelicem illam quadrigam appellat, eo usque provectus, ut evidentissimè falsissimum dicat, quod actio fam. ercisc. & comm. divid. sint mixtæ in rem & in personam. Et in ipso vestibulo ista assertio de his actionibus mixtis nobis adstruenda est, quàm iam olim improbavit *Ias. in § quadam 10. Instit. de act. & ibid. Donell. & post Ant. Fab. lib. 20. conie t. c 10. & d. decad. 94, c. 3. 4. & 5.* quos nullo iudicio sequutus est Hunnius ad *Tr. p. 1. disp. de iudic. mixt.* ubi ita ieiunè & languidè rem istam tractat, ut ab eo Fabr. visum non esse appareat. Fundamentum solidum sententiæ nostræ hoc est. Quod istæ actiones habeant duplicem intentionem, & in iis intendatur, rem pro parte suam esse, & alterum sibi dare oportere: adeoque sit in iis duplex causa petendi & agendi, dominium & obligatio. Quo fundamento constituto iuxta notata *ad Tr. p. 1. disp. 19.* sponte sua ruit obiectio præcipua adversariorum: quod scilicet duo tantum sint actionum principia, dominium & obligatio: & si quæ actio debeat esse mixta, necessariò etiam dari oporteat tertium principium, quod contineat dominium & obligationem simul: hoc autem implicare contradictionem, ut v. c. rem quæ mea est, simul petam tanquam mihi debitam, cum quod meum est, amplius meum fieri non possit. Enim verò non statuimus tale principium, neque ratione eiusdem obiecti, sed diversarum rerum hanc mixturam statuimus: v. c. in actione communi divid. est res dividenda, cuius intuitu actionem realem dicimus. sunt etiam præstandi fructus, impensæ, damna data, quorum intuitu actio est personalis. Neque verò ut actio mixta fiat, necessum est tertium tale principium dari, sed sufficit duo principia in una actione, & tamen distinctim coneurrere, ut simul & res vindicetur, & quædam ex causa tacitæ obligationis & conventionis præstari petantur: quod omninò adstruitur ex *l. 1. fin. regund & ex l item Labeo. 22. §. pen. famil. ercisc & ex l. sed etsi 19. §. petitio. 18. de petit. hered.* ex quibus locis manifestè concursus iste vindicationis, & præstationum personalium evincitur: siquidem istæ præstationes, in actionem realem putam venire non possunt, nec quisquam tamen negaverit, quin petitio heredi-

hereditatis sit actio in rem, quod ipse Fab. revocata priori sententia, qua 10. *conject.* 10. ineptissimè petitionem hereditatis inter merè personales retulit, admittere coactus est *decad.*94 *err.*4. Illud autem perspicuè ineptum eiusdem *Fabr.d.cap.*10.ubi ita disputat, ac si necessum sit, mixtas actiones in rem, nec in personam esse. Excutiendæ sunt autem rationes & obiectiones Anton.Fab.quæ eo facilius refutantur, quod ipse Fab. penè destruit causam suam, dum admittit mixtam actionem.petitionem hæreditatis: quin idem invitis licet dentibus admittere cogitur in actione fin. regund. atque ita fundamentem illud de duplici principio ipse evertit. Etenim finium regundorum actio, cùm *in l.*1 *fin.regund* & in personam,& pro vindicatione esse dicatur, constat utique, quod in actionem personalem puram, vindicatio venire non possit: sed & quod de fructibus traditur *in l.*4.§.2.*fin.regund.* prorsus ex natura vindicationis est: & quod *in l.*8.*in pr.eod tit.* habetur.de restituendis finibus,eoque quod plus occupatum est,non potest ad actionem finium regundorum, nisi qua in rem est pertinere: & suadet hoc manifesta ratio, siquidem actio ista contra eum datur, qui fines latiores occupavit, qui in pristinum statum restituendi sunt: eoque pertinet, quod *in l.*3.C *fin.reg.*dicitur,huic iudicio cohærere quæstionem proprietatis. Quibus consequens est ineptè responderi à Fabr. *ad d.l.*1 *fin.regund* quod licet sit pro vindicatione illa actio, tamen sit in personam. Etenim hæc petitio principii est,& nego fieri posse, ut eiusmodi actio, quæ simul pro vindicatione est, sit purè in personam. Nimirum fluctuat Fab. & cùm proprietates actionis in rem actioni fin.reg inesse videat, mixtas tamen actiones eum admittere pudet. Sed videamus amplius, annon mixturam istam,in actione famil.ercisc. & communi divid.adstruere valeamus: de his enim nec dubitat quidem Ant Fab.quin sint actiones merè.personales, adeò ut diversam opinionem evidentissimè falsissimam appellet. Mixtura autem in his quoque confirmatur ex prædictis, & quod petitio,ut res dividatur, & pro diviso cuique pars assignetur, sint qualitas actionis realis non personalis. Contra hanc opinionem levissimis ratiunculis nititur Faber: & 1. ait, quod hæ actiones dentur inter eos, qui fatentur rem esse communem. Respondeo nullam esse consequentiam,nec propterea inferri, quod sint purè personales. 2.*in* §.20 *Instit.h.t.* dicantur utrinque fieri adiudicationes: & ergo inquit Fab. eo respectu dicuntur mixtæ, quod uterque sit actor & reus.non quod sint in rem & in personam.Resp.esse ineptam consequentiam, & illo posito hoc non negari,& utrumque verum, & utroq; modo actiones istas esse mixtas. 3. negat fieri posse, ut specialia sint specialibus, non magis quàm ut penetratio corporum & dimensionum fiat. Resp. absurdissimum esse, comparari penetrationem corporum,cum combinatione & coniunctione diversarum præstationum,ex actione in rem & in personam: ut adeò ridicula sit applicatio axiomatis Philosophici, quod, ita enim intelligo, species disparatæ & oppositæ sibi invicem inesse, & de se invicem prædicari non possint, Et verò isto axiomate huc applicato, nec petitio hereditatis mixta actio esse posset: neque enim hæc actio genus dici potest actionis in rem, & in personam ut speciem generi inesse dicamus, sed est propria actio, eo respectu universalis dicta, quod persequitur hæreditatem: & familiæ quoque ercisc.actio isto respectu quodammodo cum illa convenit, cùm de plurimis & diversissimis rebus intenditur: & exit mare hinc licet qua fronte & fide concludat Faber, non magis fieri posse ut actio ista sit mixta, quàm ut detur penetratio corporum. Utique-actio fin. regund. nec generalis nec universalis est, quam tamen volens nolens necesse habet Fab. mixtam agnoscere. 4. obiicit Fab. quod nihil in actione famil.ercisc. vel com-

miniſci poſſis, ex quo actio realis dicatur Reſp. ex præmiſſis oſtendi hoc eſſe falſum, & ſimul illud quod negat Fab. hic intendi, rem ſuam eſſe. Illud autem rationi iuris noſtri prorſus repugnat, quod Fab. ait hanc petitionem de dividendo, eſſe ex obligatione: etenim nulla talis obligatio, ſed imò hoc ex poſſeſſione eſt, aut potius iure in rem, quod alter ad diviſionem provocatur: neque uſquam talis formula actionis perſonalis apparet, aio te rem mecum dividere teneri: quin imò in l. 1. commun. divid. præſtationes perſonales & diviſionis petitio invicem opponuntur: & alias iſto ſenſu dixerim actionem fin. regund. eſſe pure perſonalem, & poſſeſſorem obligatum, ut patiatur fines diſtingui: illud verò vindicationis potius eſſe, docet d. l. 1. fin. regund. quio imò hoc ſenſu dicam vindicationem eſſe ex obligatione, qua teneatur poſſeſſor, ut rem reſtituat: & ita confundentur omnia: quod à Fabr. fieri mirum non eſt, qui nullam cauſam commutativæ ſuæ obligationis reperire poteſt, ò demum delapſus ut abſurdè in diſtinctione actionum nullam cauſæ rationem habendam putet. 5. urget Fab. quod hæ actiones in §. 3 Inſtit. de obligat. ex quaſi contract dicantur ex quaſi contractu deſcendere, & conſequenter ſint perſonales. Sed nimirum iniurius eſt Fab. qui pro ſe fidem haberi poſtulat Triboo. quam ille alioquin paſſim reprehendit, & ignorantiam craſſam iuris ipſi impingit. Sed & alias puerilis obiectio eſt: quoniam actiones iſtas non negamus eſſe perſonales, ſed ſimul in rem eſſe dicimus. Et licet hoc argumentum retorquere, quod in d. §. 3 non tractetur de iſtis actionibus, niſi qua perſonales ſunt, & præſtationem fructuum & expenſarum in ſe habent: eoque tota & plena earum natura ibi non proponitur. 6. obiicitur diviſio actionum bimembris. Reſp. hanc obiectionem eſſe ſuperſtitioſam, & vulgatum eſt, quod ſub ſimplicibus mixtum contineatur: & in §. 20. Inſtit. h. t. membrum illud tertium ſuppletur: qui §. ex ſententia Hottom & Tum. Fab. cum §. 2. eſt coniungendus: illud enim temerarium factum eſt quod Ant. Fab. ex d. l. 28. verba tam in rem quam in perſonam expungit. 7. obiicit Fab. quod actiones in rem non poſſint referri inter actiones bonæ fidei, quibus connumeratur actio familiæ erciſcund. & commun. divid. Reſp. has actiones bonæ fidei eſſe & dici non, qua in rem ſunt, ſed, qua in perſonam: quo ſenſu etiam petitio hereditatis ſub actiones bonæ fidei refertur in §. actionum. 28 Inſtitut de act. quam tamen ipſe Ant. Fab. mixtam eſſe admittit: quamvis propter coniunctionem utriusque qualitatis nihil abſurdi ſit, ſi qualitas illa bonæ fidei ipſam quoque dividendi rationem contingat. Illud autem prorſus falſum eſt, quod periode ſocium ad diviſionem, ac eum qui accepit indebitum ad reſtituendum eſſe obligatum ait. Amplius obiicit Fab. quod, ubi conſtat rem eſſe communem, nulli poſſit eſſe vindicationi locus. Reſp. hoc eſſe falſum, & imo etiam rem pro indiviſo vindicationem dari: quod ipſum quoniam diſertè negat Fab c. 4. ubi contenditur neminem poſſe vindicare partem, niſi quàm pro diviſo, & adeò totam ſuam eſſe dicere poteſt, & quia in hoc præcipuum momentum totius huius controverſiæ poſitum eſt, videamus an non perſpicuis textibus iuris iam dicta propoſitio Fabri confutari poſſit. Et nimirum in l. 3. §. ult. de rei vind. proponitur caſus factæ communionis inter duos dominos, corporibus ſcilicet & materiis ita confuſis, ut deductio & ſeparatio fieri nequeat, ita quidem, ut ſubiicitur in l. 4. eod tit. ut locus ſit iudicio comm. divid. atque ita non poſſint res non eſſe factæ communes: ubicunque autem communio eſt, oportet partes eſſe pro indiviſo: & tamen reſpondet JCtus in d. l. 3 §. ult. quod à ſingulis dominis partes poſſint vindicari. Porrò in l. 5 §. 1. eod. tit. de rei vind. proponitur itidem, communionem corporum eſſe factam: quod tum ex oppoſitione caſuum,

tum

rem inde perspicuum est, quia materiæ negantur posse deduci: & tamen dicitur, singulis pro parte dari vindicationem. Et igitur falsa prorsus est assertio illa Fabri, pro qua nec hilum faciunt textus ab ipso vitiosè citati *in l.8.& 23.de rei vindic.l 27.§.1.de aur. & arg.leg.* Alia obiectio Fabri est, quod si vindicationi locus dateror, non foret aut fuisset necessarium iudicium *fam.ercisc.contra l.1.fam.ercisc.* Resp fuisse necessarium, tum propter personales præstationes, tum propter faciendas adiudicationes, & ubi res commodè non recipit divisionem, condemnationes in pecuniam faciendas: sed & nemo dubitet, quin, præsertim in iudicio famil. ercisc. in quam plurimæ & diversissimæ res veniunt, alia sit vindicandi ratio, quam in vindicatione fundi vel ædium, ut tamen propterea non rectè omnis vindicatio negetur. Denique sententiam nostram impugnare videtur, quod actio comm.divid. locum habere dicitur, ubi alter sociorum non possidet, imò etiam ubi neuter possidet *l.pen.comm.divid.* Sed profectò cum iudicium hoc comperat, ut ex partibus pro indiviso fiant partes pro diviso, & abeatur à communione, non animadverto, quomodo hoc iudicium plenum neutro sociorum possidente, intentetur: & ideò cum Accurs.*d l.pen.* ad illum casum refero, quo agitur de præstationibus tantum personalibus: licet enim iudicium hoc mixtum sit, tamen etiam citra qualitatem realem, & ita in personam institui posse, rectè defendam; idque necessarium est, ubi v.c. fundus non habita ratione præstationum personalium divisus fuit: quandoquidem ubi communio citra expressam conventionem introducta est, actio pro socio locum non habet. Sed hæc plus satis, & in exercitationibus nostris ad Fabr. plura fortè dicemus. Contra Hunnium, ut aliquid hic addamus, nihil necessum est, quippe qui tela sua omnia aliunde habet, & ea aliàs tam imbelli & languida torquet manu, ut nec cutem quidem exteriorem perstringant: ecquid verò ineptius potest fingi ratione, qua ille etiam *in resol.ad lib.4.Instit.* utitur: quod in his actionibus petatur aliquid fieri, velut, ut res dividatur; E. sunt personales: hac enim ratione omnes actiones in rem, quibus petitur, & à iudice iubetur res restitui, fecerit personales: quid quod res dividitur non à parte, sed à iudice. Non intellexit, quid in ista formula, Aio te facere oportere, significet verbum FACERE: Illud denique addo, malè à Cuiac. pro sententia nostra induci, *l.furiosus.46.de O & A.* & post eum à Forstero *disp.1.de action.thes.3.* qui ita colligit, actiones hæ dicuntur venire ex te, ergo sunt etiam in rem: prorsus vitiosè: quia non significatur causa *in d.l.46.* dominium vel ius in re, sed quod destituantur expressa conventione: nam & negotiorum gestorum actio potest dici esse ex te, quæ itidem contra pupillum competit *L.6 in pr.de negot.gest.* nec ea tamen aut mixta aut in rem: eodem sensu dicitur esse ex te *in l.si quis.29.in pr.comm. div.* quem [illegible]rum malè etiam adducit Forst. Nec minus improbandum, quod ibid. Forst. ... actiones mixtas, quâ per eas res dividi petitur, personales esse dicit. Quod ideò annotare visum fuit, quod sæpe ineptæ eiusmodi rationes, etiam veras opiniones faciant suspectas.

VIII.

Sed iam de actionibus in rem puris videamus (*a*) quæ distinguuntur à Iustin. in civiles (*b*) & prætorias. (*c*)

(*a*) Nam ut de actionibus mixtis sigillatim, & earum natura pluribus agamus, instituti nostri non est. Istud saltem addere libet, non malè à Cuiac. *in paratit. C fin.reg.* actionem fin.reg. referri inter iudicia divisoria, utcunque non eod. gradu: quam sententiam mero contradicendi studio impugnat Fab. *decad.94. err.5. & 1.* per *l.4.*

ber l. 4. §. qui communem cum §. seq fin. regund. ubi negatur inter eos, qui fundum communem habeat, locum esse iudicio comm. divid. Resp. id verum esse ubi sine controversia quidam volentes fundum ex certis & non controversis partibus communem habent. Cæteroquin actio, quæ inter confines pro regendis & distinguendis finibus datur, & discernendis partibus controversis, non potest non videri aliquo modo divisoria esse, quippe cui nunquam locus futurus sit, si fines realiter, & pro diviso essent distincti: cùm præsertim etiam per confusionem, quæ in confinibus agris accidit, & hoc iudicio dirimenda est, communio quædam inducatur: facit quod aliquando in hoc iudicio adiudicationes locum habeant, iuxta *§. pen. Instit. de iudic.* Et nimis levis obiectio est à serie titulorum Codicis, quod post titulum *communia utriusq; iudicii.* ponatur titulus *fin. reg.* nam etsi huic infirmissimæ ratiocinationi locum des, nihil aliud inde effeceris, quam longè plura inter se communia habere duo illa iudicia, quam cum iudicio fin. regund. Sed fortius obiicit *Fab. l. 9 fin. reg.* ubi dicitur iudicium fin. reg. manere, etiamsi sit actum comm. divid. non videtur autem de eadem re duplici divisorio iudicio agi posse. *Resp.* debuisse animadvertere Fabr. non unam esse eius loci explicationem: & video Accursum istum locum explicare, non de sociis inter se, sed de sociis cum vicino litigantibus. Florianus ibidem etiam illum casum admittit, sed eum ita format, quod iudicium fin. regund. ante cœptum duret & maneat, etiamsi postea cœptum fuerit agi comm. divid. Quod si intelligas eum Fabro, post iudicium comm. divid. per actum, adhuc posse agi fin. reg necessariò ponendum erit, post divisionem aliquam controversiam super finibus ortam, eoq; circa divisionem dubium aliquod enatum esse; cæteroquin si per arbitrum comm. divid. ita res divisa sit, ut singulis sociis pro diviso partes fuerint assignatæ, nec post confusio nova finium sequuta, de finibus regundis nulla poterit esse controversia. Et quàm aut incogitanter, aut malitiosè Fab. hanc rem tractaverit, vel hinc apparet, quod ipse *d. loc. p. 669. in fin.* hanc sententiam esse ait, quod ubi semel acceptum sit iudicium fin. reg. inter vicinos eosdemque propriorum fundorum possessores, non eo minus maneat & duret, licet socii, qui ex una parte adversus alium non socium litigabant, egerint comm. div. vel fundum alienaverint: quæ eadem Accurs & Floriani explicatio, sed ea ad probandum, quod iudicium comm. divid. non sit divisorium, prorsus inepta est. (*b*) Civiles hic dicimus actiones eo sensu, quo ab eod. Iustin. obligationes civiles dicuntur *in d. §. 1. Inst. de oblig.* quod scilicet minimè inde efficiatur, actiones per se consideratas, essentiâ sua iuris civilis, non iuris gentium esse, de quo actum disp. præced. idque ipsa oppositio prætoriarum ostendit. (*c*) Possent actiones primario & primo ita dividi in prætorias & civiles, & porrò subdistingui, quod utræque sint, vel in rem, vel in personam. Sed parum hac in re positum est, & tamen eius rei, & quare distinctio actionum in rem & in personam præmissa sit, ex Dd. duplicem hanc rationem reddit *Ias. in §. 1. Instit. h. t. n. 15.* tum quod ius prætorium & civile, sint causa remota, tum quod magis ex distinctione *§. 1. Instit. h. t.* natura actionum intelligatur, hic autem ad tractationem nostram, distinctionem istam, aliàs communem, ad actiones in rem accommodamus. Solet sub ista distinctione tractari, an actiones, sanctionibus Marchionum, Ducum, aut Comitum introductæ iuris prætorii censendæ sint an civilis. Et antè omnia non intelligi debent principes aut duces, qui suprema autoritate dominantur, non etiam illi ex adverso, qui nil nisi magistratus sunt, omninò superiorem agnoscentes; sed mediæ conditionis Principes, veluti Germaniæ, qui nec absolutè tales, nec simpliciter subiecti sunt, & superiorem

recognoſcunt. Quæſtio inde dependet, num quid ſanctiones horum principum, legum, an edictorum prætoris, de quibus aliqua dicemus in f. à, in distinctione actionum in perpetuas & temporales, iure cenſeantur. Et poſterius magis probant Dd. *Bart. in l. ſtipulationem §. in prin n. 4. Iaſ. in l à iudice ſ. n. 11. verſ tertiò limita C. de iudic. & idem in § ſed iſta 3. Inſtit. de act. n. 17. & ſeqq.* Sed rectè animadvertit Iaſ. ibid. diſtinguendum eſſe, an aliquis adminiſtrationem habeat beneficio alieno præſertim temporariam, an ſecus. Unde ego infero, cùm principes Germaniæ, utcunque recognoſcant ſuperiorem, ſed ſecundum quid, perpetuam, quin & proprio quodam iure & tranſmiſsibilem habeant poteſtatem, eoque ceſſet ratio Bart qui magiſtratibus eos comparat, quod ſanctiones eiuſmodi principum minimè magiſtratus tantum, ſed principes & legiſlatorio iure nitantur: de quo vide autores à me citatos *ad Tr. p. 1 diſput. 2. theſ. 6. & ead. parte diſput. 23. theſ. 1. lit. e.* ec que huiuſmodi principum ſanctiones pro iure civili, & inde actiones deſcendentes pro civilibus erunt habendæ. Et hanc partem defendit *Forſter. diſput. 1. de actionib th. 2.* ſed ita ut eanſam penè prodat imbellibus ſuis rationibus. Nihil enim facit *l. 9. de inſt. & iur.* ſiquidem etiam prætorium ius proprium ius eſt. Non etiam concludit ratio, quod principes habeant perpetuam iuriſdictionem, quoniam hoc ſolum ſufficere non poteſt, ad tribuendam poteſtatem legiſlatoriam. Videtur amplius ita concludere, quod ſi ſtatuta & ſanctiones municipiorum ſunt leges, multò magis erunt ſactiones eiuſmodi principum. Prius probatur *ex l. ult. de decret. ab ordine. l. 1. C. de ſerv. reipubl. manum l. 1. C. de emancip. l. antepen. de bon autor. iud.* ubi fit mentio legum municipii, facit *l. ſi non 9. C. de teſtam.* Sed nimirum non tantum de nudo nomine & appellatione, ſed de re ipſa quæritur, an principes iure tantum magiſtratus, an celſiori & maieſtatis quodam iure in territoriis ſuis diſponant: quo iure ſine controverſia municipia caruerunt. Sed illa initio ſub libera republ. permittente populo Romano iure ſuo legibusque ſuis utebantur, quas poſtea ita receptas olim, aut etiam noviter inter municipes introductas, illis indulſerunt etiam principes, iiſque nomen legũ non inviderunt: & nimis adeò indignè ſenſeris de ſanctionibus principum Germaniæ, ſi eas comparaveris cum legibus illis municipalibus, quæ longè infra dignitatem iuris prætorii erant, ut infra oſtendemus: principes autem Germaniæ minimè ſimplici iure magiſtratus, ſed legiſlatorio in territoriis ſuis leges ferunt: quod ipſum agnoſcere cogitur Forſter. *in ult. ratione*, adducens vulgatum illud, quod principes in territoriis ſuis iura Imperatoris habeant: quod ipſum tamen limitatione eget, & niſi cautè accipiatur, fortaſsis falſum erit, de quo non eſt hic agendi locus. Illud vulgatum eſt, quod ſub prætoriis actionibus etiam ædilitiæ continebantur *arg. §. præterum 7. Inſt. de iur. nat. §. ... Inſt. de div. ſtip. l. 5. in pr. de V. O.* quia ſcilicet ad inſtar prætorum iure magiſtratus edicta quædam proponebant.

IX.

In utraque actione in rem, civili & prætoria, cauſa non dominium, ſed generalius ius in re ſtatuendum eſt.

Iaſ. in §. 1. Inſt. de Act. n 60. Diximus diſp. præced. ius in re videri quadruplex, dominium, ſervitutem, pignus & poſſeſsionem. Illud conſtat, quod ex his iuribus omnibus & ſingulis non detur utriusq; generis actio, ſed alterutra, civilis aut prætoria, aliquando tamen, velut ex dominio, utraque: quod ex ſeqq. apparebit.

X. Do-

X.

Dominium ad nostram hanc rem varie tanquam causa actionis distingui potest: & videlicet, in civile & prætorium: In directum & utile, sive illud ius proximum dominio appellare malis: & porrò in dominium plenum, vel minus plenum: in dominium verum vel fictum, quod alii præsumtum, alii quasi dominium appellant: & denique in dominium rei & iuris.

Ex istis singulis speciebus, singulæ pene & propriæ nascuntur actiones. Terminos autem istos, & membra singula accuratè explicare, istius loci non est. De dominio utili disp. præced. aliqua diximus, quod qui habet vindicationem etiam contrà eum, qui directus dominus dicitur, rectè instituit. Nec refert quomodo hoc appelles, nec unde, sive à plenissima utilitate rei, sive per interpretationem, ad instar actionis utilis, quæ illis personis competit: sub quam dominii speciem etiam referri possit ius illud, quod olim in prædiis provincialibus ex præscriptione quærebatur, ex quo olim utilem actionem in rem natam fuisse constat *l. si quis. 10. si servit. vindic. l. si duo. 23. de iure iur. l. si quis. 8. in fin. pr. C. de præscript. 30. annor.* Directum dominium ambiguè dici apparet. sed oppositio utilis dominii satis ostendit, quid per hoc intelligant Dd. Prætorium dominium competit ei, qui ex decreto prætoris secundò in possessionem missus est, & qui ex edicto successorio bonorum possessionem agnovit: ex his enim caussis dominium acquiri docet *l. 1 de bon. possess. l. 7. §. plane. 9. comm. divid. l. si finita 15. §. Iulianus 16. & §. posteaquam 33. de damn. infect.* quod quis fortassis etiam speciem dominii utilis facere possit. Dominium quasi in specie dicere solent Dd. ex quo nascitur Publiciana, competens bonæ fidei possessori: quæ cum sit prætoria: poterit dominium hoc prætorii species constitui: nec male quis hoc dominium fictum vel præsumtum appellaverit. Notas autem *Ias. in §. omnium Inst. de act. n. 60.* quasi dominium aliquando latius accipi, ut etiam contineat utile dominium. Videtur etiam Iust. nescio quod novum confinxisse dominium *l. in rebus 30. C. de iur. dot.* quod nudà subtilitate iuris consistat & opponatur naturali. Dominium iuris latissimum facit Vulteius, quem disp. præced. improbavimus: facilius illius obiectum admiserim, servitutem: sed eam nos hic à dominio distinguimus. Solent quidam huc referre ius patroni, & domini in libertis & servis contradicentibus, & se liberos aut ingenuos affirmantibus, unde nascuntur actiones præiudiciales, de quibus in seqq. agitur.

XI.

Ex dominio in potiori significatione, sive illud directum, plenum, verum vel proprium appellare velis, nascitur actio directa civilis ex l. 12. tabb. eaque vel singularis vel universalis.

Dicuntur istæ actiones vindicationes, de quarum conditione ex Cic. & aliis autoribus satis prolixe agit *Hottom. in §. appellamus. Inst. de act.* cuius tamen coniectura

illa nuda est. De notatione nominis. *vidinco*, quod fit à *vim lino*: quam timidè proponit Donell. bid. sed confidenter Huon. *in resol. ad Tr. p. 1. disp. 15. in prin.* ubi, quæ hac de re Donell. tradit, ad verbum exscripsit: Hæc autem ipsa notatio, & formulæ solennitate: que veteres evincunt, verbum vindicationis κατ' ἐξοχὴν dictum fuisse, de vindicatione ex L. XII tab. rerum corporalium: licet nemo dubitet, quin id nomen omnibus, ast omnibus in rem etiam rerum incorporalium, etiam prætoriis fuerit commune: ut proinde necessum minimè fuerit, tam prolixè hac de re nugari Huon. *in resol. ad Tr. p. 1. disp. 15. q. 2.*

XII.

In utraq; actor dicit se dominum esse, & in illa (*a*) ita intendit: hanc rem iure Quiritium (*b*) meam esse aio (*c*).

(*a*) §. 1. *Instit. de act.* olim vindicatio fiebat in re præsenti; eoque ubi v. e. fundus petebatur, prætorem simul in rem præsentem ire oportebat: post partes litigantes gleba ex fundo in ius allata, in ea ad instar totius fundi vindicabant, teste Gell. *lib. 10 noct. Attic. c.* 10. Ex quo colligere licet mutuam quodammodo factam vindicationem, & possessorem quoque, à quo res petebatur, contra vindicasse: *arg. §. 1. Inst. h. t.* his verbis: veluti, si quis rem corporalem possideat, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominium eius se esse dicat: arguit locus Ciceronis pro Muræna: cum hoc inquit, bellissimè fieri possit, fundus Sabinus meus est: imò meus: & apud Plautum *in Rudens. act. 3. sc. 1. Grip.* hunc meum esse dico: Tr. & ego item aio esse meum. Nec dissimilis quædam vindicatio & contentio super gleba extat in leg. bus priscis Alemannorum *tit. 48. & in legibus Baiariorum t. 15. §. 2.* illam autem contra vindicandi utique necessitatem sublatam post fuisse, & in usu esse desiisse: & simplicem negationem contradictionemve qualemcunque suffecisse dubitari non potest, de qua re etiam agit Donell. *in §. 1. Inst. h. t. in fin.* ex quo omnia ad verbum penè descripsit Huon. *ad lib. 4. Instit. q. 9.* ubi tamen cum Donell. etiam errat, putans indistinctè exceptiones initio contestandas, de quo diximus ad Treutl. *p. 2. de except. thes. 5. lit. B.* (*b*) Hæc verba designant propriam speciem dominii, quod Quiritarium dicebatur. & olim nonnisi usucapione & mancipatione, aliisque modis definitis acquirebatur, pro diversitate etiam rerum mancipi, aut nec mancipi: ita ut si illæ simpliciter traditæ fuissent, penes tradentem dominium Quiritarium (quod nudum dicebatur sublatum à Iustin. *in l. un. C. de nud. iur. quirit. toll.*) remaneret, & bonitarium tantum in accipientem transiret, ut scribit Ulp. *tit. 1. de libert. §. qui tantum t.* Eaque in re, ut obiter moneam, perspicuè lapsus est *Ant. Fab. decad. 85. err. 5. in fin.* ubi infeliciter & impar congressus Achilli, ausus in hoc genere eruditionis reprehendere Cuiacium, indistinctè & in genere contendit, quacunque traditione præcedente iusta causa, Quiritarium dominium transferri: de qua retractant Ræward. *ad LL. 12. tabb. cap. de emancipat. Marcill. Hottom. Balduin. & alii qui ad LL. 12. tabb. scripserunt & Cuiac. ad Vlp. tit. de acquisit. rer.* Posui autem istam formulam, quæ propria fuit dominio in significatu excellentiori: nam aliàs generalior formula est: *hanc rem meam esse aio, vel meam esse vindico, vel iure dominii meam esse, & ad me pertinere aio §. 1. in fin. Instit. h. t. & l. 6. §. 2. ibi si vindico fundum meum esse: de confessis l. in rem. 23. in pr. de rei vindic.* Atq; huc pertinet, quod *in l. 1. §. 2. in fin. de rei vind.* dicitur, quod pater possit vindicare filium suum ex jure Quiritium: considerata videlicet potestate patria ex L. Romuli, de qua *Halicarnass. lib. 2.* iuxta quam scilicet pater ius tertio vendendi filium, & ita ius quoddam, domi-

dominii habebat. Ex quo moveor, ut falsam existimem eorum sententiam, qui ius vindicandi filium patri negant, si ille ignorante patre pretii participandi causa sese potestati patris in eius praeiudicium, qui per filium omnia acquirit, subtrahere possit. Et alia ratio est delictorum, quae in rempubl. committuntur, ex quibus etiam servus non attentata potestate domini punitur. Et nihil prorsus obstat *l.7.§.2.d.cap.minut.* etenim 1. non succurritur filio per restitutionem, sed pater cum suo iure vindicat. 2. tractatur ibi de restitutione actionum, quae ipso iure vel subtilitate potius iuris per emancipationem perierant, eoque nihil iste locus ad hanc rem pertinet, quae non capit Hunn. *lib.1 resolut.quaest.8* etiam hic deteriora secutus: nec intellexit vim argumenti *ex l.1.§.2.de rei vindic.* quae in eo posita est, quod is, quem iure quodam dominii vindicare possum, non potest se subtrahere meae potestati; unde inepta eius responsio, quod *in d.l.1.* agatur de vindicatione hominis liberi: & inepta amplius petitio principii, quod non filius se subtrahat patri; sed Lex eum subtrahat: quia hoc ipsum quaeritur, an Lex quae apud Rom. ius aequale dominis, tribuit patribus, voluerit ei potestati & iuri hic derogare: quod recte etiam negat Alciat. *in l.transactiona 26.C.de transact.* (c) Formula haec iam ex notatis addit. praeced. nota est, & eam ita proponit Theophil. *εἰ φαίνεται νῦν, τὸν ἀγρὸν τῆς ἐμῆς εἶναι δεσποτείας*: & iisdem plane verbis Harmenopolus *lib.1.tit.2 §.3.* Et ita in genere sufficit, non adiecta dominii causa, ex ratione *l 14.§.2 de exc.rei iudic.* imò inutile est adiicere causam & titulum, quoniam licet postea se dominum esse, sed ex alia causa probasset actor, reus absolvebatur, ut tamen iterum agenti non obstaret exceptio iudicati *per l si mater.1.de except.rei iudic.* Et tamen alio intuitu utilius esse videtur exprimere causam specialem: quia actor hic succumbens ex alia causa, iterum agere poterat: qui autem simpliciter egerat, cum omnes causas apprehendisse videretur, ab omni actione ex praeterita causa exclusus erat. *per l.11 §.2.& 4. iunct.l.14.§ 2 de exc rei iudic. Zas.in § omnium Institut de act.n.18. Schneid.ibid.n.111.* Sed & amplius ita sufficere videtur ista petendi formula, ut nec necesse sit, petere eam rem sibi restitui: quoniam ex quo reus probavit rem suam esse, protinus apparet, eam penes possessorem esse non debere. Idque etiam ita veteres interpretes tradiderunt. ex quibus hoc refert Jas. *in §.1 Inst.h t.num.72.& idem in l.edita 3.C de edend. n.12.* restitutionem venire officio iudicis, ut eam diserte in libello peti necesse non sit: & tamen utile censet esse Jas. ibid. ut restitutio simul petatur: & olim quoque apud praetorem eam petitam fuisse, illud argumento est, quod ita in hac formulam conceptam fuisse discimus *ex Cicerone Orat.3.in Verr.* si patet fundum de quo agitur, actoris esse, neque is arbitrio iudicis restituetur, condemna; de quo etiam dicitur infra de actionibus arbitrariis.

XIII.

Et hinc recte Dd. communiter duo extrema, in hac actione deducenda & probanda esse statuunt: quorum primum est, dominium.

Agimus enim hic de actione in rem in specie, quae fundatur in iure dominii: quod consequenter & iuxta formulam praetoris, *si patet rem actoris esse*, probandum est: caeteroquin absolvetur reus; etiamsi nihil praestiterit, *vulgata l.4.C.de edend.* in quo commodum possessionis esse Justin. ait *§.retinenda.4.vers.commodum. d. Interdict.*

dict. imò etiamsi reus se ad probandum adstrinxerit; notant Dd. *in d.l* 4. quos ibi refert & sequitur Jason. *& idem in §.1. Instit. de act. num.* 111. An verò dominium istud & ab initio adesse, & porrò semper adesse & continuari oportet? Extat hac de re rescriptum Pontificis *in c. Abbate.3 de re iudic. in 6.* ex quo Interpretes *in d. §.1. Iaf. num. 66. Angel. n. 9. & cat.* ita distinguunt: quod aut actum est ex causa generali dominii, & satis est dominium post litem contestatam supervenisse: aut ex causa speciali: & hic vel supervenit dominium ex causa de praeterito, & idem obtinet: aut ex causa de praesenti: & non potest *iuxta d. cap.* de eo pronuntiare iudex, quod accidit post litem contestatam *arg. l. 23 de iudic.* itaque absolvetur quidem reus, sed salvo jure actori ex alia causa iterum petendi. Sed per ea quae diximus *disp. praeced.* de mutatione libelli, postquam hodiè ipsi magistratus judicant, defendi fortassis posset, sine ambagibus permittendum esse actori, ut novam causam in iudicium deducat: siquidem *d l. 23.* ad iudices pedaneos pertinet. Sed illud dubium, an quod proponitur *in d. c. 3.* etiam conveniat iuri civili, an tantum ex aequitate Canonica procedat. Et Jas. *in §. 1. n. 66. Ioh. de Platea n. 22.* nihil determinanti Iohan. Fab. *num. 8. ibid.* proprium hoc iuri Canonico adscribit, & quod inte civili traditum est, sufficere, quod reus post litem contest. possidere incipit, negat procedere in actore: quoniam ex huius parte iudicium praecipuè fundetur, & res in iudicium deducatur: nihil autem in iudicium deduci potuisse, ubi actor tempore litis contestatae dominus non fuit, & in hanc sententiam Jas. *ad pr. Instit. de act. num.* 108. scribit, ubi defectus est ex parte actoris, non sufficere, si post agendi ius supervenieret. Sed non ineptè ad casum rei non possidentis hoc etiam transferre liceat: siquidem haec est intentio actoris, ut dominus declaretur, hoc eventu, ut reus rem restituere iubeatur: quod ubi reo non possidente ab initio fieri non potest, frustra quoque iudicium institutum esse videatur: Et fortassis formula, *si paret rem actoris esse*, non necessario ad tempus litis contestatae refertur, nec verba, *si paret*, punctum illud respiciunt, sed totum iudicii tractum; ut sufficere debeat, si post litem contest. dominium suum probet actor, quandocunque dominus factus fuerit: quippe cùm nihil contra aut extra formulam faciat iudex, si in istis terminis fundum restitui iubeat: neque verò *id d c. 3.* quicquam apparet, ex quo Pontificem ius novum & diversum à iure civili constituere voluisse intelligamus: neque obstabit *l. non potest. 23. de iudic.* si de iis, quae circa rem ipsam petitam acciderunt, accipiatur. Quid si verò dominium, quod ab initio fuit, non continuetur, & actor post litem contestatam dominus esse desinat? Communissima conclusio est, reum esse absolvendum, Jas. *in d. §. 1. num. 69. Platea, num.* 21. quoniam praecipuè tempore sententiae oportet adesse in actore causa agendi: & sive desinat esse dominus actor ante arbitrium iudicis de restituendo, nec aequum est, nec iuri aut rationi convenit, ut reus iubeatur restituere rem: sive post arbitrium, rursus aequum non est, ut res aut auferatur reo iuxta *l. 68. de rei vindic.* aut actori qui amplius dominus non est iuramento in litem eam aestimare permittatur: siquidem haec princeps causa est deferendi iuramenti in litem, quod actor dominus invitus rem suam vendere cogitur & facit pro hac sententia *l. tigni. 7. § ult. ad exhibend.* Quod si verò iterum actor antè sententiam dominus rei petitae fiat, rectè condemnatio sequetur: quoniam res in priorem statum deducitur, & vulgatum est, media tempora non nocere: idque ita tradit *Iaf. num. 69.*

XIV. AL-

XIV.

Alterum ad fundandum hanc actionem quod requiritur, ex parte rei, est possessio.

Eoque si neget reus se possidere, iudicium hoc fundare nequit, & convicto reo mendacii, possessio ei ablata, transfertur in petitorem *l ult. de rei vindic.* de cuius materia vide Jas. *in saep. d. §. 1 d. act. num 86. & seq* ubi tamen post alios non vult hoc extendi ad eum, qui tantum falsum dixit possidendi titulum: quia non cogitur ullum dicere. Neque tamen satis rectè hinc inferri videtur, quod possessio sit causa actionis in rem *arg §. 1. Inst. h. t. l. 23. in pr. de rei vindic.* nisi quatenus actionem, ut intentandam & instituendam consideras: neque erat cur super hoc tam multa verba perderet Hunn. *resolut. ad lib. 4. Inst. quaest. 8.* Requisiti istius necessitas ex eo dependet, quod de actionis huius essentia est, ut praecedat arbitrium iudicis de restituendo: ideoque actio in rem dicitur, quia rem ubicunque est, & apud quemcunque, persequitur. Quid si igitur reus desierit possidere post litem contestatam? & aliud hic est quam in persona actoris, cuius conditio facto rei non potest fieri deterior: quae ratio in persona rei cessat, aut si culpam rei excludas: idem in actore, quod in reo iuris est. Etenim interest in hac quaestione, an reus desierit possidere sine culpa, an culpa sua: & rursus vel culpa simplici, vel dolo: Priori casu sine dubio absolvitur reus, de quo loquitur *l sin autem 27. §. 1. de rei vind.* Si culpa intercesserit, condemnatur in aestimationem, ut tamen petat sibi iure cedi actiones *l. qui petitorio. 36. §. 1. l. si culpa 63. de rei vindicat.* Qui dolo vel fraude possidere desiit, condemnatur quanti actor in litem iuraverit, & nec actiones ei cedendae sunt *per l. is qui dolo. 69 & l. quod si 6t. de rei vindic.* Et quidem procul dubio eodem condemnatur iudicio: nam & hic regula procedit vulgata, qua dolus dicitur esse pro possessione: suadente hoc etiam ratione & iuris antiqui processu: ut inepti hic sint Dd. qui disputant, an novo sit opus iudicio & instantiâ, ex frivola ratione dubitandi, quod contra eum qui dolo desiit possidere, ut lis non directa actio detur: quos refert & tamen improbat *Ias. num. 82.* quoniam illud obtinere constat, ubi ante litem contestatam reus dolo possidere desiit: caeteroquin actio uti coepta est, peragitur, neque ex accidenti actoris ius deterius fieri debet. Et possit tamen sano modo defendi dictum *Ioh. Fabri. in §. 1. h. t. num. 16.* quod utilis actionis virtute, quam forte inesse putat actioni directae, fiat condemnatio: nam idem utilem actionem de novo impetrandam esse negat. Et fortassis non absurdè quis dixerit, quod idem iudicium manens alteretur quodammodo, & induat novam qualitatem: (contra quod frustra disputat *Ant. Fab. decad. 93. err. 10.* cuius illud perspicuè falsum est, quod actio directa, & utilis, & specie, & genere differant; nisi quis in verbo, directa, cavillari, & ambiguitatem nectere velit) idque tum vel maxmè obtinere videtur, ubi antè iussum de restituendo reus desiit possidere. Idem autem erit, si lata culpa possidere desierit (licet hoc non determinet *Ias. in d. §. 1. num. 80.*) ex generali regula, quod in causis civilibus lata culpa aequiparetur dolo. Ubi non tempero mihi, quin tribus verbis hic adscribam insignem & crassum errorem *Ant. Fabri decad. 76. err. 3. in fin.* ubi statuit latam culpam etiam in causis criminalibus, etiam in capitalibus aequiparari dolo. Neque tam falsa haec sententia, quàm ridicula ratio est, quod in L. Cornel. lata culpa non aequiparetur dolo, & ita ex sententia Fabr. quicquid affirmabitur de Leg. Cornel. eius contrarium in caeteris omnibus criminibus statuendum erit: quo an quicquam absurdius hactenus dictum sit, ignoro. De eo porrò constare

debet,

debet, si ante litem contest. reus desierit possidere, actioni in rem locum esse: quod probat textus expressus *in l. sin autem 27. § sed & iis. de rei vindic*, textus alius indefinite loquens *in l. ii. qui 69 eod. tit.* & alius à contrario sensu *in l. cum autem. 52. de rei vindic.* prob. bene *l. qui petitorio 36. D eod.* nec minus hic militat regula, quod dolus si pro possessione: ut mirer hinc dissentire Jasonem *in §. 1. n. 78. & Zas. ibid. num. 22.* qui moventur hac unica ratione, quod si actioni huic locus fuisset, non introduxisset prætor actionem in factum, & remedium restitutorium ex edicto de alienatione iudicii mutandi causa. Sed nimirum prætor principaliter istud edictum introduxit in casum, quo per alienationem causa petitoris deterior facta est, qui actione illa consequitur, quanti sua interest, rem non esse alienatam: quam actionem primitus ita introductam, post cum rei vindicatione utili concurrisse nihil absurdi est. Neque movet, quod non videatur iudex iuxta naturam huius actionis iubere posse restituere rem, quam reus non possidet. Etenim idem incommodum obiici potest, ubi post litem contest. possessio amissa est: & in præiudicium suum reus pro possessore habetur, & quia culpa sua rem restituere nequit, quanti actor in litem iuraverit, condemnatur, quod & in petitione hæreditatis obtinet, *iuxta l. item 20. § ult de petit. hared.* Illa verò quæstio, quam ex Dd. movet, *Jas. n. 83*, ex ignoratione iuris veteris promanat, an sententia lata contra eum, qui dolo possidere desiit, possit executioni mandari contra tertium possessorem. Etenim ex ratione iuris nostri non ad restitutionem rei petitæ, sed ad æstimationem vel iuramento actoris, vel si iurare nolit à iudice factam, condemnatio fit, *arg. l. qui dolo 69. cum duab. seqq. de rei vindic.* quod si tertius ille possessor conveniri possit, novo prorsus iudicio, & contra quam putant Dd. novo libello opus erit: v.c. si actor nondum suum consecutus sit: ad quem casum referenda videtur *l. 7. de rei vind.* nisi dicas, quod dolus se offerentis aut possessionem deserentis, non debeat prodesse tertio, quo minus rei vindicatione conveniat Bart. *ind. l. 7. & latius gloss ibidem.*

XV.

Possessionem autem hic non propriè & strictè, sed latius accipimus.

Patet hoc ex th præced. qua dictum, hac actione eum quoque teneri, qui dolo possidere desiit, quia dolus pro possessione sit, quæ nonnisi ficta & interpretativa esse potest. Eodemque pertinet, quod & contra eum hæc actio tenet, qui cum non possideret, sese liti, eum reus mendacium ignoraret, obtulit tanquam possessor, & usque ad litis contestationem perseveravit *l. si is, 7. l. is qui se. 25. cum l. seq de rei vind.* maximè si petitorem ab alio, quem convenire volebat, mendacio suo averterit *l. sin autem. 27. §. 1. eod. tit.* Illud constat, si huiusmodi casibus post litis contestationem possessio supervenerit, omnimodo reum condemnandum esse. Propriè magis ad hanc thes. pertinet, quod etiam nudus detentator hac actione tenetur *l. officium 9 de rei vindic.* (nam & vulgata lectio (licet variet) affirmativa confirmata est editione Florentina) & Tr. tamen th. 4. excipit sequestrum: prorsus ambiguè: quoniam Gœdd. ad quem provocat, *in c. 1. de sequestrat. num. 45.* hoc tantum tradit, quod ubi sequestrum v. c. nullum est pro eius relaxatione sit implorandum officium iudicis, potius quàm ut in rem agatur: vel quia disputandum sit de validitate sequestri, vel quia non videatur sequester, cui res à iudice commissa est, sine iudice rem restituere posse: cum fortassis alius iudex competens non valdè curaturus sit alterius iudicis autoritatem.

Agit

Agit utique Gœdd. de ipsis litigantibus, non de tertio: & in genere fortassis defendi possit, quod ipsi commodanti & deponenti non detur actio in rem contra commodatarium & depositarium, videlicet, qua tales: quoniam hoc modo nullam petitori aut dominij aut possessionis movent controversiam: quod utique in hac actione necessum est *arg. §. 1 Institut. de act.* nec qui paratus restituere est, sed tantum, velut commodatarius, usum diuturniorem sibi concessum prætendit, contumaciæ alicuius argui, & contra eum in litem jurari, aut manu militari res ei auferri potest. Quod si verò causam detentionis suæ negant, procul dubio indistinctè hac actione tenebuntur. Habet autem detentator nudus hoc remedium, ut conventus & vocatus in iudicium autorem suum nominet: quo facto procedetur iuxta *l 2. C. ubi in rem actio.* si verò id non fecerit, dubium movetur, an sententia contra detentatorem lata præiudicet autori. Et Bart. *in d. l. 2. num. 17.* præiudicare negat, nec quidem quoad possessionem: quod probat Jas. *in § 1 h. t.* Videntur quidem rationes iuris contra Bart. facere, quas notavimus ad Tr. *p 1. disput. 15. thes. 4. lit. d.* nisi pro Bart. dicas, quod cum forma præscripta *d. l 2.* non sit servata, nec possit judicium tale nocere autori. Inepta autem est ratio Hunnii ad Tr. *p. 1. de rei vind. q. 14.* quod res inter alios acta, non præiudicat alii: quoniam ius dominii quod probavit actor, facit ut meritò debeat obtinere: inepta etiam allegatio *l. 1. C. si per vim*: quia aliud est, quando iussu judicis, quem prætor dedit, ei qui se dominum probavit, restituitur possessio: quæ cum dominio iuncta non potest non esse vera & civilis; ut adhuc ineptius sit, quod d. loco quæst. 21 Hunn. scribit, nudum detentatorem, qui rem restituit, talem etiam facere possessorem, eum cui restituit, qualis ipse fuit; egregiè sc. hue applicata ratione, quod nemo plus iuris in alium, &c. Non absimile verò est, olim e[illegible]onibus rem hanc fuisse explicatam. Illa maioris momenti controversia est, quam ex Dd. tractat Ias. *in d. §. 1. num. 105 & seqq.* an contra eum detur hæc actio, qui tantum civiliter possidet. Quod cum Dd. affirmat Ias. adeò ut idem obtinere putet, etiamsi non habeat facultatem restituendi rem: & hunc effectum esse ait actionis huius, ut conventus dimittat ius suum, & caveat de restituendo rem, si quo modo eam fuerit consequutus. Sed antè omnia constituendum hic fuerit, quid sit civilis possessio: & præsupponit hæc opinio sententiam Sabinianorum, quod duo diverso possessionis genere, eandem rem in solidum possint possidere. Et videri possit species quædam contradictionis, possidere, & nullo modo facultatem habere restituendi: nam hæc quidem facile concurrunt, ut qui possidet, non possit in continenti restituere: quibus casibus per cautiones res expeditur §. 2. *de offic. iudic.* veluti non tantum, si res absit, sed etiam si penes alium sit ex contractu, commodato, locatione, precario: nam & qui precario rem concessit ex sententia Sabinianorum possidet iuxta *l. 15. de precario.* atque adeò his casibus sine dubio actioni in rem locus erit: exteroquin defendi non possit, ut teneatur hac actione, qui sine culpa sua facultatem restituendi non habet: siquidem etiam ille, qui possidere sine culpa etiam post litem contestatam desiit, absolvitur: neque quod quis postea fortassis rem recuperaturus est, ad fundandam istam actionem sufficere potest: hac etiam evidenti ratione, quod hic nec in iudice iussum de restituendo, nec in reo contumacia locum habere queat. Ex quo efficitur v. e. contra dominum directum rei feudalis vel emphyteuticæ hanc actionem dari non posse. Neque movet, quod de dimittenda civili, qualis est, adfertur: etenim hæc ipsa possessio, civilem quam dicunt, commentum est, & quod ostendimus ad Tr. *p 1. disput. 21. thes. 4. lit. b. & c.* certi sunt termini, intra quos absens civiliter & animo, alio etiam rem, in-

F gresso

gressio retineat possessionem; quibus positis terminis admittam rei vindicationem, sed non ut condemnatio fiat, verum ut subsistatur in jussu de restituendo, si reus corporaliter rem apprehenderit: in quem eventum cavendum erit, & illa ipsa dimissio civilis possessionis commentum est: etiamsi civilem aliquam metam, & in effectu fictam possessionem ponas: veluti in servo fugitivo, *l. 1. §. per servum 14. de acquir. possess.* qui tantum secundum quid & fictè possideri dicitur *d. §. 14.* eoque talis possessor ad exhibendum non tenetur *l. Celsus 5 § ult ad exhib.* nisi hactenus ut caveat: secundum quod idem in rei vindicatione statuendum erit. Tandem quod rectius praeceden. th. subjectum fuisset, hic adiicere libet, an qui videlicet possidet, hac actione recte experiatur; quod tribus verbis affirmat *Jas in §. 1. Instit. de act. num. 109* idque procul dubio admittendum erit, si dominus directus, quibus finito feudo vel emphyteusi, sine controversia rei vindicatio competit, civilem possessionem adscribimus; itemque si commodanti, deponenti, contra ipsam commodatarium, & depositarium hanc actionem concedimus. Verum & istae opiniones dubiae sunt, & in genere dixerim, possessorem qua talem nunquam actione in rem uti posse: *arg. §. 2. in fin. Instit. h. tit.* Neque movetur in contrarium *l. 12. §. ult. de acquir possess.* ex qua videtur probari, etiam naturaliter possidentem rei vindicatione agere posse. Etenim ibi ponitur casus controversae possessionis, quam alius quoque sibi arrogat, quo respectu rem vindicans, qua talis non habetur pro possessore: ut non tamen propterea plane possessionem, & absolutè rem sisse censeatur, quo minus ad interdictum uti possideris, mutato consilio regredi possit. Quicquid sit, etiamsi cum Dd. sententias, nunquam tamen efficies, ut possessori qua tali contra alium, idem genus possessionis habentem, rei vindicatio dari possit: nuda enim [illegible] possessio, quae re vera nominalis tantum est comparata cum naturali, quae penes alium est, nullius possessionis instar haberi videtur. Ideoque si talis vindicationem instituat contra naturaliter possidentem vel tenentem respectivè potest videri agere qui non possidet, respectu videlicet eius possessionis, quae ipsi abest, cùm ea quam habet non veniat in considerationem: quae etiam videtur veterum Interpp. sententia fuisse, relata à *Jas. in § aequè 2. Inst. h. t. num. 58.* ut proinde nec huic diversae possessioni dici possit renuntiasse, *Ias. d. loc. num. 59.* Idq; expeditum est, si modo termini habiles ponantur, quibus duae diversae possessiones penes duos in solidum & verè existant: quod ex materia possessionis est repetendum: *& ex not. ad Tr. p 2. disput. de acquir. possess. thes. ult.* ex quibus apparet, ex ratione vera juris terminos istos esse rariores, siquidem ubi per alium quis possidet, dum ille alius corpore rem tenet, facile per illum ipsum etiam tenentem, maximè in re mobili, vel alium occupantem possessio nostra tota evanescit: quod sententiae proculianorum magis receptae: convenit: ex quo possessionem, quam dicimur retinere in servo fugitivo, protinus totam amittimus, ubi ab alio possideri coepit *l. 1. § per servum. 4. de acq possess.* sed ista non sunt huius loci.

XVI.

Atque haec pertinent ad rei vindicationem civilem singularem: alia est actio in rem universalis, quae dicitur petitio haereditatis.

Potuisset fortè & debuisset haec distinctio praemitti, imò planè initio proponi: quippe quae non tantum actioni in rem propria, sed etiam actioni in personam commu-

mun's fit, quod videlicet actio vel iudicium, aliud sit singulare, aliud universale. Sed nimirum in methodo citra magnum periculum peccatur: & rem ipsam explicare nitamur. Dicimus hanc distinctionem actionibus quoq; in personam esse communem, sed sub explicatione verbi, *universale.* Videtur plane hæc distinctio desumta ab obiecto: quia licet in petitione hæreditatis principalis hæc sit intentio, ut quis declaretur heres, eaque detur etiam contra possessorem rei minimæ, *l. 10. de petit. hæred.* attamen hoc agitur ut per illam declarationem ius actoris in universitate quadam rerum fundetur. Cæterum à Philosophis universale dicitur, non tantùm quod plures res, sive individua tantum, sive etiam species continet, sed etiam aliquid confusum, quod quasi per aversionem non species certas, sed res multas & diversas significat. Et quod in iure nostro legimus de debitore generis, minimè hoc intelligimus, quod aliquis debeat genus, sed quod non individuum certum, sed ex genere toto individuum non definitum debeat. Tale autem universum quod dicimus, quod diversissimas res continet, est hæreditas, cuius quippe appellatio nihil certi animo subiicit, sed collectim & simul sumtas res diversissimas à defuncto relictas designet. Et hoc intuitu actio hæc per excellentiam videtur dici universalis: sunt enim & aliæ, sed non sub eod. gradu actiones universales ita ab obiecto appellatæ: qualis est vindicatio gregis *l. 1. §. ult l. 2. & 3. l. vindicatio 56. de rei vindic.* eodemque sensu dicitur universitas dotis *l 1. §. 4. de dot prœleg.* quia multæ & variæ res ad maritum allatæ ea appellatione designantur: in quo decepti Dd. judicium pro dote cum petitione hæreditatis non satis cautè comparare solent, *per not. ad Treutl p. 2. disp. 7. thes. 1* ubi eorum errorem confutavimus, qui dotem non tantum ius, sed etiam universale jus definiunt: quos male sequitur Hunnius ibid. & distinctionibus vulgatis, sed re & verbis, ineptis, præsertim inter universitatem iuris, facti, & mixtam, rem totam involvit. Sed hic non de iure verum judicio universali quæstio est. Eodem sensu actio negot. gest. tutelæ, curæ administratæ, mandati, quod vocant generale, pro socio, rectè dicentur universalia judicia, quia in ea plures & diversæ res veniunt, sed sub hac differentia, quod in petitione hæred tatis admittitur etiam sententia indefinita, cuius maximè præiudicialis vi & potestate, omnes res quæ defuncti fuerunt, persequitur hæres propriis & singularibus actionibus: quæ ratio cessat in cæteris judiciis suo quoque modo universalibus, in quibus à judice certam sententiam ferri oportet *per l ult. C. de sentent. quæ sin. cert. quant.* de quo actum ad *Tr. p. 2. disp. 23. thes. 3 lit. a. in fin. & th 4. lit. a. in princ.* Ex quibus inducium vocatur communis traditio Dd. referente & probante Jasone *in l. edita 3 C. de edend. num. 10. & 11.* quod universalia judicia dicantur & sint, quæ pro iis rebus competant, quæ recipiunt augmentum & diminutionem: generalia autem, quibus petatur ratio administrationis gestæ. Etenim & facile evenire potest, quod ubi in judicium plurimæ res veniunt, veluti mandati generalis, societatis generalis, &c. res recipiant augmentum & diminutionem: & hic non petuntur genera, sed super variis negotiis rationum redditio, & simul variarum rerum restitutio vel præstatio postulatur: nisi hoc in considerationem vocare velis, quod negotium genus est, cuius species hoc iudicio examinantur; eoque fortassis respectu generalia appellantur *in l. pro socio,* quamvis facile mihi persuadeam à JCto illam accurationem sermonis ibi fortassis observatam non fuisse. Singulare iudicium est, quod pro re singulari & individua datur. Particulare autem dicimus, quod nec in singulari casu, nec semper obtinet: ideoque haut scio, an judicium aliquod, nisi respectivè, particulare rectè appelletur.

XVII.

Petitio hæreditatis (*a*) distingui potest, quod vel sit simplex, (*b*) vel specialem habeat adiectam causam. (*c*)

(*a*) De ista actione hic tractamus, non quatenus præstationes personales habet, sed quatenus in rem est. Quid autem hæreditas hic sit, facile ex ih præced. intelligitur, videlicet universum aliquod multas & diversissimas res comprehendens. Suaves sunt, qui dum argutantur in explicanda definitione, qua dicitur successio, hæreditatem dicunt esse rem (verba sunt inepta Hunnii ad Tr. *th.* 1. *de petit. hæred.*) quæ successit in locum defuncti, & ipsum bona occupavit, usque dum adeatur hæreditas. Quis adhæc teneat risum? & quænam illa res esse potest, quæ succedit, quæ occupat, & quonam illa abit adeunte hærede? Est de hac actione totus *tit. de petit. hæred.* ex quo & ex commentariis ad Tr. omnia huc referre instituti huius non est. Vt pauca dicamus, datur ei, qui iure civili vel veteri vel novo hæres est *l. 1. cum seqq. de petit. hær.* Datur contra eum, qui possidet pro possessore, & sub hac qualitate contra quoscunq; titulo invalido rem tenentes, iuxta *l. 13. §. 1. cum seqq. eod.* Item qui possidet pro hærede, dicens & contendens se defuncti hæredem esse: neq; enim eo sensu titulus iste dicitur, quasi eum habens per usucapionem hæres efficiatur: an autem alio sensu hic titulus sit ad usucapiendum habilis, alterius loci quæstio est, quam paucis attingemus *infra de publ. act.* Extra hos casus nemo tenetur hac actione, veluti qui titulo singulari valido possidet: præterquam quod contra emtorem hæreditatis aliquibus casibus hæc actio porrigitur *d. l. 13. §. 4. de petit. hæred.* quibus addendus videtur & ille, si venditor non sit solvendo, *arg. l. plane. 94. §. 1. in fin. de legat. 1.* potior enim debet esse conditio hæredis, quam emtoris, cui aliquid hic est quod imputetur. Innuit autem ratio *d. § 4 ne singulis iudiciis vexetur,* non esse hanc propriam hæreditatis petitionem, sed quæ imitetur naturam vindicationis singularis, ut colligitur ex eleganti textu *in l. 2. C. de petit. hæred.* de quo actum est ad Tr. Istam saltem quæstionem hic attingere libet, an legitima possit peti hac actione: cuius rei decisio ex eo pendere videtur, an legitima portio sit bonorum an hæreditatis. Et ratio iuris hanc suppeditat distinctionem, quod aut quæritur de legitima danda filio exhæredato vel præterito, aut quæritur de filio, qui succedit patri. Illo casu cum filius non fiat hæres, nec poterit legitima esse quota hæreditatis, de quo casu loquitur *l quoniam 32. & l. scimus 36. C. de inoff. test.* Hoc autem casu, ubi filius hæres est, quota hæreditatis ut sit, ex ratione iuris necessum est. Et tamen, ut ostendimus ad Tr. *de inoff test.* effectum est à Just. *Nov* 115. *c.* 15. ut filius etiam in re certa rectè instituatur, ita ut ista re cogatur esse contentus, nec nisi supplementum petere possit, & adeò nudo nomine sit hæres, & nec excipiat, nec exerceat actiones: & sic hoc quoque casu instituti filii legitima erit quota bonorum, ut adeò parum acuti & perspicaces sint, qui ex illa nova constitutione Justin. in Nov. 115. evincere volunt, legitimam esse quotam hæreditatis. Extra hæc verò, si de filio simpliciter vel in parte hæreditatis instituto, ab intestato vel successuro quæratur, nego unquam legitimam liberis debitam, ab hæreditate posse separari, eamque adeo semper esse quotam hæreditatis, cum fieri nequeat ut filius qui ad successionem patris his casibus admitti vult, non fit hæres: ubi autem hæres est, nulla extra hæreditatem portio dari nec cogitari potest. Hæc nec evolvit nec intellexit Hunnius, quin perspicuo errore in resolutionibus ad Tr. *p. 1. disp. 13. q. 33.* legitimam simpliciter quotam bonorum esse concludit: pro quo nihil facit *l. 6. C. de inoffic. test.* quoniam ibi quæ-

ritur

ritur de liberis excludendis à querela. Ridicula verò obiectio est, quod legitima dicitur computari deducto ære alieno: vel quia hoc ad iam dictum casum pertinet: vel quia tum verum est, ubi hæreditas gravata est legatis, quo casu, ut sciatur, quantum legatariis detrahendum sit, computatio æris alieni ineunda est, non tantum in filio hærede, sed etiam in extraneo quovis, cui debetur Falcidia quam nemo hactenus dixit esse quotam bonorum: & ad istum scilicet quem dixi finem, fit computatio æris alieni, minimè verò ut hæres non excipiat vel exerceat actiones hæreditarias, & protinus separatio & actualis æris alieni solutio fiat. Frustra etiam affertur, quod quarta impuberi arrogato debita sit quota bonorum: quod nec probatur *ex l.2.§.1 famil ercisc.* & ut ipse Hunnius proponit, obiicet in exhæredato. Mirari licet, quod Hunnius ista capere & distinguere non potuerit & adhuc magis, quod confundit institutum in re certa, & in parte hæreditatis; quam distinctionem suppeditat, & ratio iuris, & textus expressus *in l. quoties 13. C. de hered instit.* & maximè quod in specie *d. l.* in re certa institutum, portionem hæreditatis habere affirmat: quod nisi in casu, quo alii simpliciter aut ex parte instituti non sunt, fieri nunquam potest. His consequens est, iis casibus, quibus filius vel ex testamento, vel ab intestato succedit, nunquam posse legitimam separari ab hæreditate, in quo rursus nimium quàm aberrat Hunnius, dum iam d. loc. defendit, filium simpliciter abstinere & repudiare posse hæreditatem, & sibi detrahere legitimam. Et indigna vel dupondio ratio est, quam sumit à comparatione creditoris veri ex conventione, cum filio cui natura legitima deberi dicitur: quia admissa infinita absurda inferrentur. Nec minus inepta comparatio est filiis abstinentis & legatum petentis, cum filio separante sibi legitimam *ex l. filio 87. d. legat.* 1. cum legatum titulus sit particularis: & inepta allegatio *l. quoniam 4. C. de inoffic. test.* quæ tractat de filio exhæredato. Vitiosa quoque comparatio filii & patroni, cui ex edicto prætoris proprio iure & speciali dimidia ex bonis liberti debetur, quamvis Bart. *ex l si libertus 41 de bon libert.* ex vers. *quid ergo*, distinguat inter filium, qui habet substitutum, vel non habet: de quo dictum est ad Tr. *p. 1. disp. 3 th. 16. lit. A.* Sed non licet nobis hic prolixioribus esse. (*b*) Simplicem hic dicimus, quæ hæredibus testamento scriptis, vel ubi testamentum factum non est ex L. vocatis datur (*c*) Intelligimus hic in specie causam, contra officium pietatis factam ex hæredationem vel præteritionem: quo modo loquitur JCtus *in l filium 20. in fin princ. de bonor. possess. contra tabb.* quoniam videlicet ex prætexto quodam furoris ita agebat filius, & hinc testamentum nullum resple contendebat, seque ab intestato esse hæredem: unde ad præparationem querelæ, in suis aditio hæreditatis, in emancipatis petitio bonorum possessionis necessaria erat, *iuxta l.6.& 7. de inoffic. testam.* Ex quo fuit argumentum Jasonis *in l.1. C. de inoffic. testam num. 5. & 8.* quod querela competat, non hæredi contra verum hæredem: etenim hoc tantum verum est, considerato iure hæredis ex testamento: cæterum adiecta qualitas inofficiosi, facit ut actor hæres verus ab intestato censeatur: & ista confirmantur *ex l. si quis. 34. C. de inoffic. testam. l. nam etsi 15. §. 2. l. cum qu. 21. in fin. l si instituta 17. §. pen. D. eod. & eleganter ex l. 8. §. 8. ibi, si dicam inofficiosum. D. eod.* Unde facile explicatur textus, in quo se torquent interpretes tanquam si pro hærede, vel pro possessore posideret: ibi enim nihil aliud significatur, quàm petitio hæreditatis ex causa inofficiosi: sed ista materia propriam habet sedem & locum: & nimis latè eam hic persequitur. Forst. cuius & istud mihi non placet, quod querelam facit speciem petitionis hæreditatis. Illa prorsus ieiuna dubitatio

ratio est, an petitio partis hæreditatis, sit etiam civilis: quoniam iam dudum notatum est, quod prætor, tanquam in universum iuridicendo præpositus, qui omnes actiones etiam civiles dare diecebatur, etiam omnes actiones suo sensu & modo edicto suo propositas habere dicebatur: quod præter textus ab aliis citatos bene probare mihi videtur *ex §. & Neronis 4. Instit. de fideicommiss hæred.* ubi Justin. ait, quod post SCtum Trebell. ex quo omnes actiones fideicommissario, & in eum competere debent, prætor utiles actiones dare cœperit.

XVIII.

Et istæ actiones sunt civiles directæ: aliæ sunt in rem civilem utiles.

Hæc quoque distinctio non est propria actionibus in rem, sed communis actionibus quoque in personam, sed hac occasione oblata paucis hic de ea agere libet: & ante omnia evolvenda est homonymia verbi: *directa.* Varié enim accipitur, & varié actionibus aliis directa actio opponitur. Et 1. opponitur actioni contrariæ, in iis scilicet contractibus, ex quibus alter primò, & statim ab initio iuxta ipsam naturam contractus, alter postea ex accidenti, eoque non semper obligatur, veluti ob damnum quod ex re ipsius alteri obvenit, vel ob impensas in rem eius factas. Nam cum alter v. c. ad restituendam rem teneatur, ei vicissim quoque & contra actionem dari æquum est. unde etiam appellatio nata videtur. 2. directa actio opponitur præparatoriæ *l. 3. §. ibid. 13. & l si quis. 17. ad exhibendum.* 3. dicitur actio directa, quæ ex delicto fer vi ad æstimationem detracta noxæ deditione contra dominum datur, vel etiam *l. electio. 26. §. 4. de noxal. act.* eademque ratione directa actio opponitur actioni de peculio & similibus. *§ ult Institut. quod cum eo. &c. l. 3. §. 4. commodati.* Speciali autem plane significatu usurpatur *in l. 18. § ult. de iur fisc.* Sed istæ significationes hinc sunt alienæ: quatenus autem opponitur utili, describi solet, quæ ex ipsis verbis legis & sanctionis descendit; utilis, quæ ex interpretatione. Sed verendum est, ne hæc descriptio angusti or sit. Etenim 1. actio quam prætor verbis edicti sui introducit, oppositione ad actiones civiles, nihilominus utilis dicitur, ut apparet *ex § namque. 4 Instit. de act.* ubi Justin. negat ullam directam actionem ei competere, qui habet Publicianam: unde etiam actio rescissoria non directa sed utilis dicitur *l. 6. C. quibus non obiicitur &c. l. ab hostibus 18. C. de postlim. revers. l. ult. C. quib. ex caus. maior.* & hinc *in l. electio. 26. §. 2. de nox. act.* actio directa & prætoria opponuntur. Dices, ex edicto prætoris non posse descendere directam actionem, quippe quod legis autoritatem non habet, nec hæredem aut dominum efficere potest *in princ. Inst. de bonor. possess.* Fateor id ita esse, ut tamen nihilominus actiones prætoriæ suo sensu directæ dici possint: quod arguit oppositio actionum utilium, quæ non ex verbis edicti competunt: cuiusmodi est quasi Publiciana *in l nec. quasi 70. de rei vind.* & utilis hypothecaria *in l. 2. in princ & l. si Titio 22. de pigner.* utilis institoria, *l. pen. in princ. de inst. act.* utilis de const. pecunia *l. 5. §. pen. de pec. const.* adeoque lapsus est Hunnius, qui *in resolut. ad Tr. p. 1. disp. 11. q. 2. in fin.* ubi cum (& hoc tamen vitiose) indefinite dixisset, utilem actionem, quæ ex mente & sententia Legis descendit pro exemplo subiicit Publicianam, quæ scil ex ipsissimis edicti verbis est. & utilis appellatur, *§ 4. Inst. de act.* quatenus opponitur civili. Amplius aliquando lex civilis non dat nisi utilem actionem, ubi videlicet ratio stricta repugnat,

quo

quo minus competere possit directa: quod hæc videlicet iam alteri acquisita est: quoniam duæ directæ actiones penes duos, singulos æquali & proprio iure esse non possunt. Hinc ex Trebell. S.Cto tantum utiles actiones transeunt in fideicommissarium, cui restituitur hæreditas, *§. & Neronis. 4. Instit. de fideicommiss hæred. l. 18. in fin. ad L. Falc. l. pen. in fin. C. ad SC. Trebell.* quoniam penes hæredem, qui semel adiit, & perpetuò hæres manet, directæ sunt actiones, quæ personæ eius, qui semel quæsitæ sunt, separari non possunt: ex quo etiam est, quod cessionario nonnisi utiles actiones, quantumvis ex rescripto dari potuerunt, quas sc. nomine proprio exerceret, de quo dicemus infra, ubi de action. person. Et ex eodem est, quod suis hæredibus abstinentibus, nonnisi utilibus actionibus locus est *l. ult. de acquir. hæred.* Et inde amplius descendit, quoniam ex conventione alterius, ut alteri quæratur actio, ratio iuris non patitur, quod etiam Legibus ipsis & constitutionibus principum quibusdam specialibus casibus, ex æquitate tantum utilis actio concessa est: velut in specie *l. 8. C. ad exhib. l. 3. C. de donat quæ sub mod* & aliis quos retulimus ad Tr. *part. 2. disput de V. Obl. thes. 7.* Extra istos casus, & si qui sunt similes, actiones utiles ex identitate rationis æquitate suadente, per interpretationem JCtorum introductæ videntur: veluti actio utilis de pauperie *l. 4. si quadrup. paup. L.* Aquiliæ *§ ult. Instit. ad L. Aquil.* extra verba Legis, vel iustam & necessariam interpretationem, ut ita non præcisum corticem verborum intelligere debeamus. v.c. Ex L. Aquilia verius est, directam actionem competere etiam pro interesse, etiamsi L. Aquilia disertè tantum fecerit mentionem æstimationis servi *l. ait. Lex. 22. cum seqq Ad L. Aquil.* Cæteroquin minimè amittendum est, quod simpliciter contendit. Forster. *ad Instit. de act. thes. 2. in fin.* omnem actionem, quæ ex mente Legis est, esse directam: & nimium abutitur eo, quod dicitur, mentem & verba L. pro iisdem habenda esse: quod quidem partim ambiguum, partim falsum est: & in hoc ante Forster, lapsus est Coras. *in l. ei qui de servit. num. 16. & 17.* Et istæ actiones possunt appellari dativæ, quoniam deficit materia habilis, sive dominii sive obligationis, ex qua existunt. Scio equidem vulgatam istam Dd. distinctionem, in actiones nativas & dativas, à neotericis plerisque rideri. & præ cæteris à Duar. *in l. 7 t. de pact.* ad illa verba, *actionem à pratore dandam:* & hactenus rectè ridetur, quatenus Dd. ignorantia veteris processus, ex textibus, quibus actio danda dicitur, hanc distinctionem extruunt: quoniam omnes actiones à prætore petendæ & impetrandæ erant. Sed alio à proprio sensu, nec inepta nec absurda ista distinctio est, ut nativæ appellentur, quæ, ut à Dd. ipsis describuntur, sufficientem habent præexistentem materiam, ex qua nascantur vel introducantur: dativæ autem, quæ tali materia, vel potius causa efficiente destituuntur, & suadente æquitate ex legibus vel interpretatione JCtorum accommodantur: sub quarum numerum etiam pertinet actio ex edicto prætoris de edendo, itemque meo iudicio condictio furtiva, ut pluribus infra ostendemus. Ex quibus efficitur errare, qui putant omnem actionem, quæ ex Lege vel edicto competit, esse nativam: neque enim Lex vel edictum isto sensu, quo distinctio hæc à Dd. explicatur, potest dici sufficiens & præexistens materia. Isti quoq; sententiam non assequuntur, qui actionem eo sensu dativam putant, quatenus datur à prætore: ita enim etiam actiones ex obligatione quacunq; descendentes essent dativæ. Huiusmodi autem actiones dativas utiles, in rem civiles plures reperiuntur: &, ut aliquas enumeremus, 1. actio utilis in rem, quæ datur pupillo & militi ad rem ex ipsorum pecunia comparatam. *l. si ut. 8. de rei vind l. 2. quando ex facto tutor.* quæ in re ad Tr. *p. 1. disp. de rei vindicat thes.* refutavimus errorem Fabri, qui putavit *lib. 5. coniect. 9.* hoc tantum in

militi

militespaciale esse. Et miror eos, qui Fabrum defendere volunt, respondere *ad d.l.* 2. quod ibi tantum utilis ex æquitate accommodetur: idem enim in milite esse, nec ei directam dari, *ex d.l.*8. C.*de rei vindic.* apparet. Rectius dixissent, ius illud speciale in pupillo, aut minore tantum procedere, ubi à tutore vel curatore res emta fuit *per d. L.* 2. *quand. ex fact. tut. iuncta l.* 3. *C. arbitriũ tut.* & eatenus pleniori jure miles utitur: sed ea distinctio patrocinari non potest Fabro, qui simpliciter & purè hoc in pupillo procedere negat, imò in terminis illo loco de re à curatore comparata tractat: ex quo responsiones *ad l.* 3 *C. arb. tut. & ad lex fact.* 52. *vers planè, de procul.* iisdem verbis descripsit Hunn. ad Tr. d. loco. Sed inepta omnino responsio est *ad d. l* 3. quia mala fides tutoris vel curatoris, nihil potest operari ad transferendum dominium in alium: quin & tutor pecunia pupilli sibi rem emens, semper est in mala fide. Sed quis non miretur Resp. Hunn. *ad l.* 2. *D. quand. ex fact. tut.* quod ea procedat, quando tutor rem comparavit ex pecunia pupilli nomine & contemplatione pupilli. Nam ubi meo nomine res empta & tradita mihi est, directa actio mihi acquiritur *L.* 1 2. 3. *& t. t. C. si quis alteri vel sibi.* ubi id notant Dd. & expressissimè *in d. l.* 2. dicitur tutor in nomẽ suum prædia emisse: sicut & expressè proponitur in altero casu ipsum stipulatum esse, non verò mutuam pecuniam dedisse nomine pupilli, ut falsò asserit Hunnius: quamvis (qui alter Hunnii error est) nec ex stipulatione alterius nomine interposita, alteri actio quæratur. Deinde huiusmodi actio est, quæ datur pro mortis causa donata in specie *l. qui mortu.* 30. *de mort. caus. donat.* 3. pro re donata, ut alimenta præstentur, si fides non servetur *l.* 1. *C. de donat. sub modo.* 4. pro re coniugi donata in specie *l. uxor* 55. *in fin. de donat. inter vir. & uxor.* 5. pro sponsalitia largitate, iuxta *Nov.* 61. *c.* 1. *§. t.* 6. uxori pro rebus dotalibus etiam æstimatis *l. in rebus.* 30. *C. de iur. dot.* cùm enim æstimatio emtionem faciat, & tantò fortius dominium in maritum transferat, nonnisi utilis in rem actio locum habere potest. Alio autem planè sensu actio in rem utilis dicitur, propter deficientem veram possessionem in persona rei, qui dolo possidere desiit: nam cum dolus non nisi per fictionem pro possessione habeatur, & hinc efficiatur, ne directo arbitrium de restituendo interponatur, non videtur actio esse posse directa.

XIX.

Atque hæ sunt actiones in rem civiles, quæ descendunt ex dominio rei, quod quis habet iure civili. Aliud statui solet dominium iuris, idque quodammodo dici potest, causa esse actionum præiudicialium.

Equidem ius quoque res est, sed in specie aliquando res intelligitur corporalis, cui opponatur ius, quod non sensu sed intellectu deprehenditur & cognoscitur. De actionibus præiudicialibus aliquid attingitur *in § præiudiciales.* 13. *Institut. de act.* ubi una tantum illarum ex enumeratis dicitur habere legitimam caussam, id est, esse ex iure civili, veluti hoc explicat Theophil. ibid. ἐκ τῶν νόμων ἢ ἐκ τοῦ πολιτικοῦ κατάγεται: qua scil. quæritur, an liber quis sit an servus: quod cùm purè ita affirmet Theophil. particula *ferè in d* §. 13. videatur esse superflua. Idque movet aliquos, ut, pro *ferè* substitui velint, *verè*, aut, *certè*, quod postremum placet Cuiac. *in not. ad Institut.* licet in editione sua Instit. vulgatam editionem secutus sit. Sunt qui ideò eam particulam adiectam putent, quod præiudicialis actio de partu agnoscendo videatur aliquid participare

cipare ex iure civili, propter Senatusconsulta, quæ circa eam rem facta sunt *l. 1. in pr. & l. 3. §. 1. de agnosc. libr.* quod iam olim notavit Plat. *in §. praeiud. num.* 170. Illud autem non video, quomodo hoc referri possit præiudicium, quod dicitur sanguinis, *ex l. quicunque. 19. C. Theod. d. Episc. & Cler.* super conditione curiali. cuius meminit Cuiac. *in not. ad text. Instit.* à se editarum. *& in parat. Cod. ubi quis curialis, &c.* Est sanè dominium subtilius hic considerandum, quippe iuris incorporalis, quod v. c. sibi asserit servus, contendens se esse liberum, contra eum, qui ex adverso se asserit dominum, & ius in servo sibi competere ait, qui se servum esse negat: nam inter hos ita sibi contradicentes tantùm præiudicio locus est, non contra tertium, qui servum alterius tenet. Eademque ratio est: si quis se ingenuum, alter autem eum libertum suum esse contendat. Itaque subtilis hic quædam est vindicatio: sed & subtilis est vindicatio servitutum, & maximè vindicatio libertatis per actionem negatoriam: ut tamen nihilominus ex dominio quodam descendere, & utique in rem esse dicantur: & si quis attendat, non levis quoad hanc rem inter istas actiones similitudo & affinitas esse videatur: ut tanto minus excusari possit eorum error: qui actiones præiudiciales in personam esse dixerunt, iam olim, ut refert Ias. *in §. praeiudiciales. Instit. h. t.* quos malè sequutus est Vult. *c. 3. scholast. discept.* ut ostendimus ad Tr. *p. 2. de except. thes.* 4. quibus addimus, quod Jas. *not. d. loc. num.* 20. quod ad instar rei vindicationis in specie dictæ *l. 30. §. 1. de rei vindic.* actor hic petat se declarari, quasi dominum illius iuris, imò amplius quod etiam restitutio veniat officio iudicis, v. c. si fortè quis pronuntietur liber, & alter qui se dominum contendebat, aliquid tanquam sibi acquisitum teneat: quamvis pro hoc post declarationem libertatis etiam possint superesse actiones propriæ: nam alias actiones hæ tendunt ad simplicem iuris sui declarationem: qua de causa Theophilus præiudicium dicit esse formulam ex sola intentione constantem. de quo etiam actum ad Tr. *d. loc.* ubi rationes alterius opinionis, quam etiam magis probat *Gomes. hic n. 2. & Forst.* (qui tamen malè allegat *Ioh. de Plat.*) *libr. 4. Instit. disput. 2. thes. 3.* satis sunt refutatæ. Et fallaciam homonymiæ committit Forster. in ratione sua 3. quod hæ actiones concernant statum, qui pertinet ad personam: quia longo alio sensu dicimus actiones in personam, quæ videlicet ex conventione & delicto descendunt. Istæ autem rationes eiusdem, quod nihil restituatur, quod quæratur, an quis libertus, an liber sit, nihil concludunt. Nec multum hic movet, obiectio Hottom. *in §. appell. h. t.* quod in præiudicio super servitute intervenie bat olim assertor, qui nihil sibi, sed servum in libertatem asserebat. Etenim hoc fiebat dicis & solemnitatis caussa: reapse autem ipse servus sibi libertatem asserebat: & fac. pro nobis, quod libertatis & ingenuitatis possessio dicitur. quin & servitutis *l. 1. l. quod. 10. in princ. l. non vid. 28. d. lib. caus.* Dicuntur autem istæ actiones præjudiciales per excellentiam, vel quod maius præiudicium videlicet status hic versetur, quam rationem ex quibusdam refert *Ias. num.* 39. vel potius quod pluribus quæstionibus præiudicium faciant, & quod ab earum decisione multæ, & in præsens & in futurum controversiæ dependeant, & simul decidantur. Cæteroquin appellatio ista multis etiam aliis actionibus communis est, de quibus & variis earum speciebus tractant Interpretes Johann. de Platea. Angel. Aretinus. Nicolaus de Neapoli, Ludovicus Gomes. & præ cæteris latè *Iohan. Fab. in d. §. praeiudiciales* & principales duas species constituit *Ias. ibid. num. 2. & seqq 1.* quod dicantur actiones præiudiciales, quæ ita se contingunt, ut sententia in una lata præiudicium faciat in altera, eoque altera intentata, alteram interim inhiberi oporteat, exceptione etiam in hanc rem comparata. *quod alteri actioni praeiudi-*

iudicium non fiat. ex l.17. & 18. de rei vindic. quæ explicatæ sunt ad *Tr. d. loc. de except. thes. 4. lit. a. 2.* quasdam actiones ita dici ait Jas. propter eminentiam quandam, & quasi dignitatem: propter quam de crimine maiori prius quàm de minori, & de criminali negotio prius, quàm de civili negotio sit cognoscendum. Eodemque referri solet petitio hæreditatis *arg. l. ult. C. de petit. hared.* & de eo aliquid dictum est ad *Tr. p. 1. de iudic. thes. 13 & p. 2. de rei iu ic. thes. 1. lit. d.* Sed tamen hæ & quæcunque aliæ actionum præiudicialium distinctiones, videntur esse secundum magis & minus: quoniam in hoc omnes convenire oportet, ut aliis causis & controversiis faciant præiudicium: eoque quo pluribus præjudicant, & inde plures controversias decidunt, quæ præjudicialium actionum notæ sunt, eò magis erunt præiudiciales: de quo pluribus hic non agimus, sicut nec de eo, quando sententia lata super principali, præiudicet superincidenti, item quando sententia lata contra unum præjudicet aliis: item quæ requirantur, ut sententia lata faciat ius inter omnes: de quibus vide remissive allegatos à Jaso. *in § praiudiciales. Instit. h. tit. num. 16. 28. & 29.* Illud hic addo, quod ex gl. notat Jaso. *in d. § praiudiciales num. 44.* esse quandam præiudicialem utilem, qua scilicet quæratur, an aliquis v. c. adscriptitius sit neene: cuiusmodi erit etiam actio præiudicialis super conditione curiali, cuius supra facta est mentio. Cùm autem Justin. has expressè actiones esse dicat, & de eius sententia ex serie tractationis satis constet, miror quid in mentem venerit iis, qui eas actiones esse, & sub definitione actionis comprehendi negant quos sequitur *Hunn. lib. 4. resolut. ad Inst q. 5.* cuius rationes sunt tippula leviores. Affert 1. quia ius in definitione actionis significet formulam à prætore præscriptam: (hoc falsum esse disp. priore diximus.) de statu autem ipse prætor cognoverit, adeoque hæ causæ non fuerint tractatæ in iudicio. Resp. vel quod hoc ipsum falsum sit, ut ead. disp. diximus, (fac. locus *Suet in Vespas. cap 3 in pr.*) vel quod tempore Justin. illa ratio formulas dandi jamdiu fuerit sublata, ut nec dubitari possit, quin ex mente Justin. sub definitione actionis, etiam extraordinariæ persecutiones contineantur, & ex eiusdem mente, necessario in iudicio etiam fieri dicantur, quæ apud magistratum de causa cognoscentem fiunt. Affert 2. quod Justin. tantum definiat actiones, quæ moventur apud judices & arbitros. Resp. est idem argum. & prætor ipse cognoscens, est judicis loco, quales hodie sunt omnes magistratus: & nondum liquidum est quod olim ipsi magistratus de causis status cognoverint: ad id certè textus plures ab Hunnio vitiosè allegantur. Affert 3. quod præjudic. actiones opponantur actionibus in rem & in personam *l. 37. de O. & A. l. 35. §. 2. de proc. l. 1. §. 2. de rei vin.* Resp. quod imò *in d. l. 37* sub actione dicatur contineri præjudicium: & quod *in d. l 1. §. 2.* opponatur speciali actioni in rem: & quod aliquando actionis verbum in specie & strictè usurpetur: & utique *in l. 178. in fin de V. S.* persecutio extraordinaria actionis nomine venit. Speciale hoc est in præjudiciis ut nulla ibi fiat restitutio, aut petatur principaliter, & nulla adeò condemnatio: sed exinde essentia actionis non negatur. Rationes autem, quibus ostendere nititur, præjudiales actiones non esse in rem, vanissimæ sunt; & utique qui eas actiones appellat, necessum est, ut eas actiones esse admittat, & ridiculus sit, qui existimat extraordinarias persecutiones, quæ erant cognitionis prætoriæ, nec in rem fuisse, nec in personam. Cætera quoque quæ ibi latè tradit, non egent refutatione (veluti de explicatione *l. 2. C. de ped iud.* quæ autem aliquà tolerari possunt, sunt ad verbum penè transscripta ex Hotto. *in §. appellamus, Instit. de act.* & ex iis quos ipse Hunn. allegat.

XX. Et

XX.

Et sub obiectum huius dominii, quod dicitur iuris, à quibúsdam referuntur servitutes: alii verò hoc ius in re à dominio separatum & diversum constituunt.

Notum est a Dd. tantum agnosci dominium rerum corporalium, ita ut hoc obiectum etiam ingrediatur eorum definitionem, qua dominium dicunt esse ius perfectè disponendi de re corporali: alii verò etiam incorporalium rerum admittunt dominium, quam sententiam confirmare conati sumus *ad Treutl p. 2. de acquir. rer. domin. thes. 1.* Alii quorum mentionem disp. praeced. fecimus, eo utique progrediuntur, ut cuiuscunque juris, possessionis, obligationis, juris hypothecarii, feudalis, emphyteutici, superficiarii, dominium esse statuant: quorum sententia, ut prorsus mihi displicet, ita proprium quid mihi videntur habere servitutes, propter quod dominium earum non ineptè adstruatur. Etenim qui pignus habet, emphyteusin, superficiem, feudum, tale jus habet, ut rem ipsam, in qua ius illud habet, persequatur: at qui servitutem habet, minimè habet tale ius, cuius potestate rem ipsam persequatur, in qua ius, videlicet servitutem habet, sed tantum persequitur ipsum jus à re distinctum, & jus aliquod eiusve exercitium usumque sibi competere contendit: quod ipsum eum vindicet, aliquod dominium, sive illud quasi dominium, sive quomodocunque tandem appellare velis, istius juris admittendum videatur.

XXI.

Pro servitutibus istis competit actio, quae dicitur confessoria, cui ex adverso contradicit negatoria.

De ipsis servituribus hic non agitur, qui tractatus ad secundum obiectum pertinet: de actionibus istis aliqua videamus, & inprimis de eo quod Iaso. movet *in §. aquè. 2. Institut. de act. numer. 36.* videri actionem confessoriam esse supervacuam: quoniam sive ex testamento, sive ex conventione debeatur servitus, actioni personali locus sit, quae durat 30. annis. Videri possit levem esse prorsus hanc obiectionem, quoniam ut ipse Jas. mox respondet, personalis actio contra haeredem vel promissorem, sed confessoria utpotè realis contra quemcunque turbantem competit. Atque ita inter servitutem promissam sive debitam & constitutam distinguetur. Sed ne prorsus de nihilo videatur, haec obiectio facit 1. quod Jas. movet, cum servitutis nulla sit realis traditio, nunquam videatur ita constitui posse ut non actioni personali supersit locus. 2. quod Justin. *in §. ult. Institut. de servitut.* conventionibus & ultimis voluntatibus constitui servitutes ait. 3. quod *in l 4. de servitut.* dicitur, servitutes ipso jure nec usque ad conditionem, nec ex conditione constitui posse. Et loquitur ibi JCtus non de patientia, qua constituitur servitus, nec de ea loqui potest, quippe implicaret contradictionem, pati alium ut ego utar servitute, & tamen servitutem sub conditione constitui. Quod si verò de promissione nuda servituris intelligis JCtum, & ex promissione huiusmodi nonnisi personalem actionem oriri statuas, nulla poterit reddi ratio, quae impediat sub conditione promitti servitutem. Accedit quod *in l. corruptionem C de usufruct.* Justinianus controversiam fuisse ait inter veteres, an actio personalis pro usufructu finitetur anno vel biennio: quae dubitatio vix etiam JCto videatur digna, siquidem ex simplici promissione nudam obligationem tantum ortam esse proponas: nam *iuxta d. l,* quod & ex aliis locis liquidum est, nonnisi in terminis ususfructus

fructus constituti locum habere potest, quod de usufructu per non usum anni vel biennii finiendo olim constitutum erat. Hos scrupulos ex parte proposuimus ad Treutler. *p.1. de servit.* sed ut opinor ipse, vix extricavimus. Et ad primum quidem, quod Jas. obiicit, non difficilis responsio est vel quod hæc ipsa patientia sufficere possit, ad excludendam personalem actionem, vel quod nihil hoc ad tertium turbantem. Ad 2. quod ibi impropriè loquatur Justin. & verbo constituenda abutatur. Quod ad 4. attinet, utque in usufructu res apertior est, & manifesta ibi inter promissionem differentia, & actualem constitutionem, quæ fit per deductionem in fundum *l.3. de usufruct.* antequam nemo re uti, & sibi propria autoritate ius dicere, fundum que utendi gratia occupare potest. Ut proinde Tribon. fortassè hic aliquid turbasse, & actionem personalem cum reali, servitutes reales cum personalibus confudisse videatur. Præcipuè autem rem difficilem facit *d. l. 4. de servit,* quæ penè eò me impellit, ut existimem, cum servitutes per solum usum eius, cui promissæ vel legatæ sunt, & alterius nudam patientiam in esse deducantur, nec ullo modo dici possint esse, aut in dominio aut in possessione promittentis, nec revera ulla earum traditio, consequenter is, cui v.c. ire, agere licere, vel legatum vel promissum est, ius istud rectà exercere, & nulla expectata inductione ire, agere, & si prohibeatur, protinus actione confessoria uti possit. Secundum quod rectè Justin. *in §. ult. de servit.* constitui per conventionem & legatum servitutes affirmavit. Etenim, ut ad explicationem *d. l. 4. de servit.* hoc quoque addam, quod servitutes ipso iure sub conditione constitui nequeant, non aliam videtur recipere rationem, nisi quod cum ex ipsa promissione jus utendi consequatur stipulator, non videatur usus & ius apprehendendi, sub conditione suspendi posse. Qua de causa etiam JCtus, exceptionem ait obstare ei, qui servitutem contra placita vindicat, ut actioni in rem statim locum esse significaret: exceptio autem ista non ex summo iure, sed ex æquitate descendit. Hæc non intellexit Hunn. ad Tr. *p.1. disp.17 thes 6,* ubi ad instar rerum corporalium promissarum hanc rem æstimat & dum *ad §. ult. Institut. de servitut.* tanquam sibi contrarium respondens, ex legato, (de quo *in d. §. ult.* agitur, quod est damnationis) dominium transferri ait, in rationes iuris impingit: nam exæquatio an confusio potius omnium legatorum à Justiniano est, qui pleraque Inst. ex veteribus JCtis descripsit. Secundum hæc, cum istæ actiones in rem fiant, juxta supra dicta duo quoque extrema necessaria hic erunt: videlicet ex parte agentis jus in re sive dominium servitutis: ex parte conventi possessio. Et de illo res non est dubia, iis dari hanc rationem, quibus servitus rectè constituta est: quos se. JCti nostri dominos prædiorum esse volunt, adeò ut præcisè nulli dicantur competere istæ actiones, nisi qui dominus sit prædii *l. 2. §. 1. si servitus vind.* Quod tamen de actione directa explicant Dd. & ex iis Gothofred. notat, creditori, fructuario, emphyteutæ, superficiario utilem servitutum dari vindicationem. Verum non una hic cautione opus est: nam creditori quidem constitui servitus nequit, sed illi nudum tantum exercitium actionis confessoriæ dari videtur: ut videlicet cum ipsam rem vindicare possit, quam pignoris jure tenet, interim utatur servitute, & eam defendat rei vindicatione, juxta *l. ei qui, 16. de servitut.* de cuiusmodi utili vindicatione accipienda est *l. 9. de nov. oper. nuntiat.* Usufructuarius verò fundum vindicare nequit, nec ipsi aut servitus constituitur, aut servitutem ante constitutam directò vindicandi ius datur, de quo actum est ad Treutler. *p.1. de usufruct. thes. 7.* ubi notavimus dissensum hac in re JCtorum, & confutavimus eorum opinionem, qui textus ita conciliant, quod fructuarius vindicando usumfructum, per consequentiam etiam servi-

tutes

universales vindicare censeatur: quæ communis Dd. explicatio est, à Vulteio confirmata & Donello, quorum verba reperis Hunn *in resolut. ad infistut. & ad Tr.* qui etiam illo loco quæst. 3. falso affirmat, à Juliano servitutum vindicandarum jus fructuario negari: quin imò verba l. 5. §. 1. ibi, *nam etsi, si usufruct. pet.* non amplius Juliani sed Ulpiani sunt. Quod ad emphyteutam aut superficiarium attinet, hi iure prætorio, & servitutem fundo acquirunt, & constitutam utili actione defendunt, juxta *l. 1. §. ult. de superfic. iuncta d. l. 16. de servitut.* Sed cum hic de civilibus actionibus agamus, ista fortassis huc non pertinere quis existimarit: sed connexio rerum, ne omnino aliena videantur, facit, & ut intelligatur quodnam ius in persona agentis ad fundandum has actiones requiratur. Ex parte rei deficere alterum extremum videtur, idque ex Dd. notat Jas. *in §. 2. Instit. h. t. num* 40. ubi tradit has actiones dari etiam contra non possidentem, & dari possidenti: idque arguit hac ipsa in re, oppositio harum actionum ad actiones in rem pro corporali, *and. §. 2. in fin.* & facit textus *in l. uti frui. §. 1. si usufruct. petat.* ubi usufructuario scilicet, qui possidet contra eum, qui turbat in usu servitutum realium, datur confessoria pro usufructu. Et ne hoc referri queat ad possessionem fundi, de quo casu etiam loqui videtur *§. ult. d. l. 5.* occurrit textus *l. etsi 6. § si servit. vindic.* ubi dicitur eundem agere, qui & possessor est iuris: idque ostendit exemplum ibi propositum: si vicinus debeat ædibus meis servitutem, ne eas tollit altius, & habeat non ædificatum, ego sum iuris possessor: & ago utique confessoria actione, si altius tollere & ædificare incipiat. Et sanè ita est: sed & illud nihilominus verum est, si subtilius rem consideremus, & eum qui hac actione experitur pro non possidente, & contra eum cum quo agitur, pro possidente, modo & ratione aliqua haberi: quoniam hic utique pro possessore libertatis se gerit, alter verò perinde habetur, ac si deiectus sit possessione sua, aut utique mox eam amissurus. Quod contingit ob naturam illarum rerum incorporalium, quarum nulla revera est possessio, sed quædam quasi possessio, quæ ex usu nudo æstimatur, & eius patientia qui debet servitutem. Idque minus illis servitutibus apparet, quæ in non faciendo consistunt, veluti altius non tollendo: sed apertius in iis est, quæ sunt in faciendo, veluti eundo agendo per fundum vicini, in quo juris illius & servitutis est possessio, in qua & videlicet in usu illo si impediar, videar ego quodammodo possessione mea spoliari, & alter contra id quasi possessione libertatis constitui: mea autem possessio in pristinum statum restituitur, dum consequor hac actione, ut actor me possò ire agere, & iure illo uti patiatur. *l. pen. §. ult. si usufruct. pet.* Et eodem modo subtilis est servitutum, vel possessionis restitutio remedio cautionis *argum. l. 7. si serv. vindic.* quæ si non præstetur, iuratur in litem *d. l. 7.* ad instar aliarum actionum in rem: quarum exemplo etiam fructus in his actionibus veniunt *l. 4 § 2. & l. 6. §. pen. si serv. vindic.* itemque non constituitur, sed declaratur servitus, *l sicut 8 §. Etsi 4. si servit. vindic.* Et ergo, ut concludamus, hæc quoque actio quodammodo datur, non possidenti contra possidentem, ut tamen nihilominus rectè etiam possidenti dari dicatur: idque aptè ostenditur *ex §. æquè. 2. Instit h. t. in fin.* ubi Justinian. hanc in re contradistinguit & opponit actioni negatoriæ, actionem in rem, quæ datur pro re corporali: quod scilic. hæc non detur possidenti, prorsus eodem modo, quo Vlp. *in l. 1. §. Interdictum 6. uti possid.* actio in rem, inquit, nunquam ultrò possidenti datur: adjecta ratione, quia sufficit ei possessio: eique adeò nec confessoria actione opus est, nec negatoria qua negetrem actoris esse, ut loquitur Justin. appositè planè ad actionem negatoriam, quæ datur ei, qui adhuc est in possessione libertatis: ut mirer utiquam

ob eausam Donell. *in d §. aquè, Instit. h. t.* nisi obstare constans lectio, magis se probaturum dicat veterem Hotto. emendationem: *Ei verò qui non possidet, non est perdita &c.* Quis autem ille unus casus sit (an non potius emendandus textus, quamvis vulgata lectio ex Theoph. confirmetur) quo possessor actoris partes obtineat, ego litē meam non faciam. v. Donell. *in d. §. num. 25. & seqq.* latè differentem, *& vulgò interpp. ibid & Ant Fab 20 coniectur.* 13. Via placet, quod vir clariss. Tim. Fab. vult post alios intelligi casum *l. officium. 9 de rei vind.* Neque verò, ut putat, similis est remissio ad Pand. libros *in § rursus. 5. Institut. de act* quilibet enim intelligit, ibi hoc velle Justin. quod prætor non tantum in caussa usucapionis, & ex caussa absentiæ, sed etiam alio modo læsis succurrat edicto suo, quod *lib. 4. Dig sub tit. Ex quib caus. maior.* proponitur. Potes videre si libet, *Hunn. ad Tr. p. 1. disp. 17. q 34.* vulgatissimas & notissimas opiniones Neotericorum prolixè referentem.

XXII.

Et igitur confessoria actio est, qua quis vindicet servitutem, eamque prædio suo deberi asserit: Negatoria, qua quis vindicat libertatem, & alteri in prædio suo servitutem deberi negat.

Ex his descriptionibus, ratio sumitur appellationis, confessoriæ & negatoriæ: illa enim est, qua affirmamus nobis servitutem: hæc, qua alteri servitutem deberi negamus. Ante omnia autem huc referenda est distinctio servitutum realium: quæ (excepta servitute oneris ferendi, & si qua alia istius generis dari potest) vel consistunt in eo, ut alter quid in meo faciat, velut, eat, agat, & ut ego istud facientem pati cogar: vel in eo, ut ne ego quid in meo faciam, velut, ne altius ædes meas tollam: ex quibus illæ affirmativæ, hæ negativæ dici solent. In illis intentio confessoriæ actionis, & vi ipsa effectuque, & formula verborum est affirmativa, & ex adverso intentio negatoriæ actionis simpliciter negativa. In his item, si vim & effectum respicias, sed formula verborum in confessoria, negativa: in negatoria, affirmativa esse videtur: veluti qui negat, ædes suas debere servitutem altius non tollendi, intendit, jus sibi esse altius tollendi: sed vi ipsa, cùm utique in certam personam ius sibi usurpantem actio directa sit, negat adversario ius esse prohibendi, quò minus altius tollat: quomodo ex adverso, qui intendit, ius vicino altius tollendi non esse, ius prohibendi, ne altius tollantur ædes, sibi asserit: atque ita actiones confessoriæ & negatoriæ, aliæ sunt secundum esse, aliæ, secundum dici, ratione externæ formulæ. Ex quibus facilè expediuntur, quæ prolixè & confusè disputant hac de re *Interpp in §. aquè 2. Instit h. t. & præ cæteris Ias num. 46 Bart in l. 2. in princ. de servit.* Sed videri possent ista convelli per *d. §. aquè*, ubi inter confessorias refertur, *Aio mihi ius esse altius ædes tollendi:* & vicissim inter negatorias, *Nego tibi ius esse altius tollendi.* Expedita responsio est gloss. quod inter exempla actionis confessoriæ ponatur exemplum negatoriæ Et licet Interpp. communiter reprobent illam gloss. quippe quæ reprehendat Imp. quod ut Jas. ait, ridiculè exempla actionum confuderit; tamen pro gloss. facit, tùm quod propter formulæ qualitatem, & verborum conceptionem affirmativam id. & forte per incuriam, à Triboniano factum sit: & notat Gomez. *in §. 2. Instit. h. t numer 17.* etiam alibi aliquando impertinentibus exemplis & rationibus uti JCtos: tum verò præcipuè, quod ea expli-

plicatio necessaria est, & Dd. dum istud, *Aio ius mihi esse ædes altius tollendi*, pro exemplo confessoriæ descendere volunt, in gravius absurdum incidunt, & novam servitutem, *altius tollendi*, per quam jure servitutis altius tollatur confingere coguntur: qua in se ipsa opinionum & exemplorum varietate & absurditate, erroris coarguuntur. Frequentius hoc exemplum placuit, si ex statuto invito vicino altius ædes tollere non liceat: quam sententiam (probatam etiam & reperitis autorum aliorum verbis tractatam, *& apud Hunn. lib. 2. resol. q. 8 & in resol. ad Tr. disp 17 q. 7.* ubi levissimas quasdam obiectiones refutat, sed veras & solidas, nec attigit quidem) refutavimus ad Treutl. *p. 1. disput.* 17. eaque vel inde suspecta est, quod Donell. *in §. aquè Instit. h. t. n.* 12. eam ad sum iam dictum statuti cogitur restringere: nam si pacto cohibita sit facultas altius extollendi, & postea alio pacto ea permittatur, pristinam libertatem restitui fatetur. Et tamen non minus libertas restitui videtur ex permissione vicini, quæ coarctata per statutum fuerat. Sed non repetimur, quæ contra hanc opinionem d. loco disputavimus. Prorsus improbabile est, ut existimemus, Justinian. ad casum tam singularem statuti respexisse. Nec magis potest cogitasse videri de casibus singularibus, quibus vicinus cogatur altius tollere, quorum duos proponit Pet. *de bell. pert. in §. aquè Instit. h. t.* primus, ut umbram possim habere in ædibus meis: secundus ut ne scholares aliqui possint videre uxorem meam, & alia secreta domus: quæ exempla & ipse Petr. maximè per verbum SUAS, quod est *in §. 2. Instit. h. t.* improbat. Sed ut quid ipse sentio, exponam, utcunque etiam alibi mentio fiat iuris altius tollendi, ego tamen, nullam talem servitutem esse, & totum hoc ita extricandum puto: Licere quidem iure simplicis libertatis altius tollere, sed non ita licere, quò minus vicinus, qui eandem altius tollendi facultatem habet, ædes suas altius tollere, mihique adeò officere, & conatum ita meum quodammodo inutilem efficere possit. Atque ad hunc modum ius altius tollendi consideratur vel simpliciter, vel cum pleno effectu, utilitate & iure, ut ne mihi ædes altius tollenti, per factum vicini contra tollentis quodammodo officiatur. Illud iure libertatis habeo, non verò hoc, quod quamdiu consecutus non sum, non videor plenè & perfectè ius altius tollendi habere. Consequor autem istud, constituta & adquisita servitute, ne vicinus altius tollat, nec mihi adeò altius tollenti obsit. Et ita, altius tollere, aliquando & impropriè inter iura servitutum refertur, quatenus relatio fit ad vicinum, qui propter servitutem constitutam contra altius tollere non potest, post quod iure servitutis vicini ædibus impositæ jam demum plenissimè & cum pleno effectu mihi altius tollere licet. Atque eodem planè modo *in l. 2. de serv. urb. præd.* inter iura prædiorum urbanorum refertur ius officiendi luminibus vicini: non quia id iure proprio non possim, sed quia id demum plenè possum, postquam servitute acquisita id ita possum, ut ne vicinus lumina immissa contra ædificando obstruat, & mihi ædificanti obsit. Et ergo in summa non diversæ, sed una eademque diversis nominibus appellata servitus est, altius tollendi & non tollendi: & vide sis lector, an non vetustissimus Interpres Pet. d. bell. pert. in quem nuper incidi, viderit veritatem: Ita scribit *in §. 2. Institut. de act. in fin.* pone, tu habes domum depressam, ego elevatam, ita ut lumina possim liberè habere supra domum tuam: tu mihi constituisti servitutem altius non tollendi: tu vis domum tuam altius elevare: ego possum confessoria agere, quod ius habeo altius elevatas ædes meas habere. Eundem statuit casum; sed istud non benè, quod nimis religiosus, an superstitiosus, ne cogeretur cum gloss. fateri exemplum à Justin. incongruo loco positum, actioni confessoriæ hic locum facit. Istud postremum hic adnotare libet, non videri actionem utramque, confessoriam & negatoriam, æqualiter in

rem

rem dici. Etenim iura servitutum ad instar rerum corporalium, præcedente legitimo titulo, & sequente quasi traditione, & per usum apprehensione acquirimus, & ita eorum quasi domino efficimur: quæ cum de iure libertatis dici non possint, negatoria actio nonnisi abusivè, & per quandam similitudinem cum actione confessoria, vindicatio appellari videtur, maximè dum ut negatoria alicuius iuris consideratur, quomodo eam considerat Justin. *in* §. 2. *Inst. h t.*

XXIII.

Atque istæ quidem actiones directæ sunt. Eas autem, sc. confessoriam & negatoriam, etiam pro aliis iuribus incorporalibus utiliter intentari receptum est.

Confessoria utilis duplici de causa est, & dicitur: altera propter ius agentis, quod si sit infirmius, directam actionem producere non potest: veluti est ius emphyteutæ, vasalli, superficiarii, de quo dictum aliquid thesi 21. eoque etiam rectè referri posset, utilis publiciana, quæ pro servitutibus datur. *l. si ego.* 11. §. 1. *de public. act.* Altera, de qua hæc th. agit, propter qualitatem obiecti, aliorum videlicet iurium incorporalium, iurisdictionis, iuris præsentandi, &c. ut communiter notant Interpretes *in* §. 2. *Instit. h. t.* sed ita ut tantum utili confessoriæ & negatoriæ faciant locum *Ias. numer.* 34. *Gomez. num.* 12. Et tamen Hunnius ad Tr. *p.* 1. *disput.* 3. *thes.* 11. videtur non obscurè directas concedere: nam & simpliciter scribit, Jurisdictionis hunc esse effectum, actionem confessoriam & negatoriam: & sententiam istam perspicuè probari ait *ex d.* §. 2. per quem actiones hæ dentur cuivis, qui ius aliquod habeat: & ad textus citatos à Vaud. *lib.* 2. *q.* 27. respondet hoc tantum iis probari, quod pro servitutibus dentur hæ actiones, non adeò propterea alia excludi iura. Verum Hunnius errat. Nam, 1. quæ actiones per interpretationem & productionem utiliter accommodantur, non tam nativæ quàm dativæ sunt: idque in speciè iurisdictionis, de qua Hunnius loquitur, cuivis perspicuum esse potest, qui principia Jurisprudentiæ & Reipubl. Romanæ, vel leviter cognita habet: quoniam omnes magistratus ex constitutione & concessione populi vel principis Juurisdictionem exercebant: & absurdum prorsus, quin ridiculum sit existimare, quod magistratus ad rationem illius Republic. actionibus his pro jurisdictione sua potuerint experiri. Sed in terminis habilibus potest admitti, ut utiliter hæ actiones accommodentur, pro asserenda jurisdictione, quam hodiè cum territorio, principes, comites & nobiles etiam, perpetuam & patrimonialem exercent. Deinde & 2. dum adducitur § *aque Instit. h. tit.* committitur fallacia compositionis & divisionis, cùm apertissimum sit à Justin. has actiones non pro jure quovis, sed pro juribus prædiorum proponi. 3. Qui fatetur in textibus juris actiones has proprias dici servitutum, quod quidem ex textibus à Vaud. adductis probari admittit Hunnius, ille nonnisi ineptè ita ut supra retulimus, respondere potest: quippe quod hoc admisso propriæ servitutem falso dicerentur. Et nimirum admittendum est, pro servitutibus has actiones esse introductas, ut tamen nihilominus per interpretationem, ad asserenda alia jura, quorum non est dissimilis ratio, produci possint. Utique condictio triticaria, quam proponit Vaud. vel conditio ex lege, quam alii proponunt, actiones personales sunt, adeoque contra quemvis turbantem locum sibi nequeant vindicare.

XXIV.

XXIV.

Colophonis loco subnectimus, actionem ad exhibendum potius actionem in rem, aut fortassis mixtam videri posse.

In rem esse hanc actionem omninò putat Donell. *in §. 1. Inst. de act. n. 14.* sed Vlp. *in l. 3. §. 3. ad exhib.* personalem esse affirmat: ad quem sane locum perdura est responsio Don. Ideò dici personalem existimantis, quoniam in hæredes rei, rem non possidentis, non descendat: etenim hoc modo etiam vindicationem ipsam effecerit personalem, quæ itidem in hæredem, non qua talem, sed tantum qua possessorem datur. Cæteroquin rationes pro Donell. non leves pugnant: videlicet, ut summatim dicam, quod causa actionis personalis, contractus vel maleficium, hic deficit. quod & altera ratio ab obiecto hic cessat, propter quam actio in personam dicitur esse adversus eundem, & ideo quod nobis obligatus sit, non quod rem teneat. Ex adverso amplius causa actionum realium hic esse videtur, ius aliquod in re *arg. 3. §. 3. & seqq. ad exhibendum,* & præcipuè quod propter rem contra possessorem datur actio hæc, quam adeò evitat nec excipit, qui rem non tenet, vel sine culpa possidere desiit: nam & hoc quoq; cum rei vindicatione (cuius cum præparatoria sit, tantò magis in rem esse videtur) commune habet, quòd datur contra possidentem, vel qui dolo malo possidere desiit §. 2. *vers. sed si nulli, Instit. quib. alien. licet,* ita videlicet ut ad instar rei vindicationis utilis hic actio sit. Quod cùm summa ratio suadeat, quod res non extans ad consumta exhiberi, eoque directæ rationi ad exhibendum locus esse nō possit, non immeritò quis miretur, quid in mentem venerit Ant. Fabro, *ut decad. 92. error. 5.* nullam utilem ad exhibendum actionem esse contenderet. Enim verò quæ ratio est vindicationis hac in re, eadem est proportionaliter actionis ad exhibendum: quod ostenditur *ex §. 2. & 3. Instit. de offic. iudic.* & ex collatione *l. qui res 89. in extrem. de solut. & l. in rem. 23. §. pen. de rei vind.* in illa dicitur de rei vindicatione, in hac de actione ad exhibendum, quod sc. utraque detur contra eum, qui sciens tignum alienum junxit, & ita dolo malo possidere desiit: & utraq; sc. non directa, sed utilis: & neque aliter conciliare possis cum *d. l. 23. §. pen.* textum *in l. 6. ad exhib.* ubi in iisdem terminis actio ad exhibendum, sed scil. directa negatur. At quin, inquit Fab. *in. l. cum servus 16. in fin.* traditur, quod ad exhibendum nulla utilis actio constituenda sit. Egò verò inquam, ridiculam hanc esse objectionem, cum hæc sit aperta JCti sententia, quod in casu ibi proposito, quo servus inscio domino rem tenet, nec directa nec utilis actio ad exhibendum detur: ut inde magis à contrario sensu concludere liceat, extra illum aut similes casus actionem utilem ad exhibendum dari. Et eiusdem farinæ est ratio Fabri ex *l. 3. §. pen. ad exhib.* nam quod ibi actio in factum datur, speciale est in eo casu, quo agitur de re, quæ nec mea est nec fuit: Ex quo non nisi ineptè colligas, deficiētе actione directa perpetuo & semper ad actionem in factum recurri: quia imò actio in factum & directæ & utilis actionis subsidiaria est §. *ult. Inst. de L. Aquil.* Sed ut eo redeamus, unde digressi sumus, rationes illas, quibus confirmavimus, actionem ad exhibendum in rem videri, nullius momenti esse censet Hunn. *lib. 4. resol. quæst. 7.* & respondet 1. quæ unius actionis propria sunt, alteri communicari posse: quod duplici exemplo ostendit, altero condictionis furtivæ, quæ detur domino, cum tamen hoc proprium sit actionis in rem. Imò verò in-

quam actiones in rem sunt, quæ dantur non domino: quia nec hoc convertibile est, ut necessum sit quamcunque actionem quæ domino datur, esse in rem: & rectius ita argumentum formasset, quod de natura condictionum sit, dari non domino contra dominos: quamvis & hoc interdum fallat, *arg. l. 6. § 5. & l. rerum. 25 rer. amot.* sed & disertè expressum hoc est odio furum præter naturam condictionum, furtivam condictionem domino dari: quale quid de actione ad exhibendum nusquam legimus: & plane ubi qualitas oppositæ speciei, & ea essentialis, alteri speciei communicatur, fieri non potest, ut ea species maneat pura. Alterum exemplum petit Hunn. *ex l. his solis 7. C. de revocand. donat.* ubi actio revocatoria, quæ tamen personalis est, dicitur habere effectum vindicationis. Sed crassus nimium hic error est, cum vindicatio ibi non significet actionem in rem, sed vindictam: quod scilicet donator revocando iniuriam suam per ingratitudinem donatarii sibi illatam ulciscatur: cuiusmodi actiones nec in heredes, nec etiam hæred bus dantur *l. ult. in fin. C. de revoc. donat.* idque ipsum expressum est *in d. l. 7.* ex quo etiam doctus de trivio intelligeret, quid ibi vindicationis verbum significaret, cum nemo dubitet, quin actio in rem transeat in hæredes. Deinde respon. Hunn. actiones personales non tantum nasci ex contractu, vel quasi, delicto vel quasi, sed etiam ex variis causarum figuris. Quid istis verbis significetur, ut infrà dicemus. Sed interim Hunnio hoc reponimus, petitionem hanc esse meram principii: quoniam quæcunq; tandem illæ causæ sint, & figuræ aliæ, ex quibus actiones personales nascuntur, necessum est eius esse generis & conditionis, ut cum communi genere & qualitate actionum in personam conveniant: idque est quod Donellus movet, & quod rationes superiores evincunt, proprietates actionum personalium huic actioni non convenire. Et prorsus inepta consecutio est, æquitas suadet, ut actio ad exhibendum detur, ergo hæc actio est in personam: siquidem actiones illas in rem utiles, quas supra enumeravimus, æquitas quoque concedi suasit: & notum est pueris dialecticam discensibus à genere ad speciem malè concludi affirmativè. Sunt plane, quibus actio hæc ab actionibus in rem distat: siquidem ea actio non fundatur in solo jure dominij *l. 3. § 1. ad exhib.* aut etiam jure reali alio, sed aliquando etiam præparatoria est actionibus in personam *l. de eo 12. §. 2. ad exhib.* neque in ea declaratio dominii aut restitutio petitur, sed simplex exhibitio. quam qui negat quasi delinquere, dum malitiosè rem celat, videtur. In concursu eiusmodi rationum fortassis non adeò erraverit, qui hanc actionum retulerit sub mixtas.

An autem hæc actio civilis est, an prætoria? Existimo civilem esse, *arg. l. 6. de rei vindicat.* ex qua colligitur, nisi prius exhibita re, in rem commodè agi non posse. Errat itaque & hic Ant. Fab. *eod. cap. 5. decad 92.* ubi hoc argumento affirmat esse prætoriam, quod etiam interdicturo actio ad exhibendum detur *l. 3. §. 5. ad exhib.* Sed nihil absurdi est, si actio origine civilis accommodetur etiam ei, qui iure prætorio vult experiri: sicut ex adverso aliquando remedia prætoria præparatoria iis conceduntur: qui actione civili volunt experiri. Absurdior illa sententia Fabri est, ut actio hæc ad exhibendum sit, modò civilis modo prætoria, prout huius, vel illius præparatoria est. Etenim cum una huius actionis natura sit, non potest ita distingui, & duplici juri adscribi: neque quod præmittitur actioni civili aut prætoriæ, ipsam quoque eiusdem iuris esse necessum est: cæteroquin eàdem ratione interdictum de tabulis exhibendis retuleris ad ius civile. Nec minus illud falsum est, quod ibid. Fab. affirmat, actiones noxales esse modò civiles, modo prætorias: aut insignis cavillatio, aut fallacia latet: quoniam actio noxalis non significat separatam actionem

sed

sed actionem ex delicto qualitatem: quomodo accipienda est Justin. *in §. sunt autem 4. Instit. de noxal. act.*

PARERGA.

I.

Quæritur, an tutor datus & nominatus, etiam post constitutionem Marci appellare possit.

Vulgata hæc quæstio est, in qua diversi textus facilè in diversas trahant sententias. Sed omnibus accuratè perpensis, placet demum sententia affirmativa. Movet me ratio, quæ procul dubio movit Marcum, quod cum olim brevissima bidui & tridui essent interponendæ appellationis fatalia, facile eveniebat, ut tutores dati præcisis etiam iustis caussis, gravi eoque diuturno tutelæ onere implicarentur: ideoque laxiora tempora præfixit, intra quæ excusationes suas proponere, ijsque reiectis appellare possint. Itaque frustra obijcitur, quod si adhuc appellare liceret, frustra Marcus illa tempora introduxisset: quoniam introduxit illa pro tutoribus, qui novo suo remedio uti vellent. Nulla hinc etiam obiectio *ex §. qui autem 16. Inst. de excus.* ubi itidem Justin. novum illud remedium proponit: neque ideò tutores non appellare ait, quod omninò non possint, sed quod illi potius remedio novo communiori uti nec appellare solebant. Neque adeò hac in re pupillorum favor considerari potest, quorum nihil interest, sive statim sive post interpositam appellationem, de caussis excusationum cognoscatur: sed cum tutores etiam absentes rectè nominentur *l. 5. de tutor. dat. l. 19. C. de administr. tut.* horum potius favorem Imp. spectasse videtur. Vnicum est, quod scrupulum hic movere potest *ex l. 1. § 1. quando appelland.* ubi dicitur frustra appellari: ad quod quidem qui nobiscum appellare posse statuunt, nihil aliud respondere possunt, quam hactenus frustra esse appellationem, quod per eam non liberetur tutor à tutela, sed eam subire cogatur, nisi excusationes suas judici appellationis probaverit: non autem eatenus, ut appellatio non devolvatur. Quod si istud *frustra appellari*, ex constitutione Marci esse dixeris, necessariò admittendum erit, nec devolvi caussam per appellationem: siquidem liquidum est, nec iure veteri per appellationem liberatum fuisse tutorem. Sed animadverto nihil esse necessum, ut hoc quod de frustranea appellatione dicitur, noviter à Marco introductum esse statuamus: quin potius illud tanquam ex iure veteri proponitur hoc sensu, quod nihil amplius consequatur ea appellatione tutor, quam si rectà coram magistratu, à quo datus erat tutor, exceptiones suas proposuisset, quippe quæ apud judicem appellationis iterum sunt deducendæ. Et hanc explicationem necessariam faciunt plurimi & aperti textus iuris, qui etiam post Marcum licitè appellari ostendunt: & ex his præcipuus *in l. tutores 18. de excusat. tutor.* nam quod Impp. ius excusandi intra tempora præfinita concedunt, licet appellatum non sit, facultatem appellandi etiam antè excusationem manifestè implicat: idque confirmatus ex pr. l. ubi dicitur non necessum esse appellare, sicut & *in l. 13. in pr. D. eod.* quo etiam pertinet *l. 1. in princ. eod.* ubi ad tutelam vocati appellant: *& l. Caius. 16. eod.* ubi etiam citra appellationem se excusare licet

l. tutor. 20. de admin. tut. ubi disertè duplex remedium excusationis & appellationis proponitur *l. tutores. 39. §. tutor. 6. eod.* ubi adversus ipsam creationem provocatur *l. 2. de tutor. & curat. dat.* ubi tutor datus appellat: & expressius *l. pen. eod.* tutor appellans adijcit causam. Ad istos omnes textus nimis violenta imò inepta est responsio, qua etiam utitur Hunnius *ad Tr p. 2. disp. 9 thes. 1.* quod accipiendi sint ita, ut tutor qui prius se excusarit, postea appellaverit: quod ipsa verba textuum respuunt: ridiculum verò est, quod dicitur, non necesse esse appellare, cum Hunnio ita accipere quod non tantum non coguntur appellare, sed quod nec possint quidem, ut maximè, velint: eiusdemque farinæ est, quod pro synonymis accipit, hæc, *non solent, non debent non possunt.* Et frustra captatur verbum *Debent in §. 16. Id excus.* quod respicit terminum præfixum, quem observare necesse habet, qui vult uti remedio novo: ad quem casum etiam pertinet, quod de licentia appellandi dicitur *in l. 16. in pr. d. excus.* quia initio quidem nominationis est appellandi licentia, sed post elapsum biduum vel triduum & hodie decendium nulla amplius est, nisi post reiectam excusationem: & alias JCtus *in d. pr. l. 16.* secum ipse pugnaret. Eodemque pertinet, quod *in l. 1. §. 1. quand. appel.* dicitur eum habere allegandam excusationis causam. Sed ista non capit Hunn. quæ si cepisset, his quoque duabus obiectionibus abstinuisset. A tutelæ datione & nominatione non potest appellari, inquit, quia ea fit sine causæ cognitione & decreto, Atquin nec verum est, quod in omni decreto magistratus fuerit opus causæ cognitione: & ex hac ratione effecerit quod perspicuè falsissimum est, quod nec ante Marcum potuerint tutores appellare: sed & decuriones absentia nominatos fuisse, & ab ea nominatione appellare potuisse constat *l. 2. 5. & 18. C. d. decur.* & alibi passim. Inde & hoc argumento utitur, quod tutela non sit verè munus publicum. Sed utcunque id ita se habeat, attamen quod ad necessitatem suspiciendi tutelam, & ius publica autoritate eam iniungendi, omninò conditionem publici muneris habet: sed & rursus hinc effecerit, quod nec ante Imp. Marcum poterit tutor appellare. Et hinc cuivis de judicio Hunnii judicare licet. Illud alicui scrupulum movere possit, quomodo tutores testamento dari potuerint appellare. Eos enim potuisse, videtur probari *ex l. scire 13. de excusat. tut. l. 1. §. 1 quand appell. §. qui autem 16. l. d excus.* ubi hac in re dari testamento & à judice coniunguntur, quod nec hi nec illi provocare necessum habeant, & *in l. 16. de excus.* proponitur testamento duas citra appellationem se excusare. Siquidem rectè coniunguntur, & appellare potuerunt, ratio hæc reddi fortasse possit, quod cum ex ratione iuris tutor ut primum cognovit se testamento tutorem datum, tutelam suscipere cogatur, & ni fecerit, mulcta & pignoribus captis, à magistratu id facere compellitur, ab hac ipsa futura compulsione, & quasi confirmatione appellare censeantur. Sed nihil hic affirmo.

II.

Variæ sunt jure nostro portiones quæ variis personis ex defuncti bonis debentur: sed præcipuè, legitima, Falcidia, & quam Dd. vocant, Trebellianica, sed posterius hoc parum subtiliter, quoniam ex Trebelliano tantum translatio actionum, nullius autem portionis deductio introducta est. Neque satis excusabis Dd. ex eo quod Justinian. vim SCti Pegasiani in Trebellianum se transfudisse profitetur, quoniam nec usquam quartæ Pegasianæ in iure nostro mentio est: & ex SCto non nova quarta introducta, sed quarta Falcidia ad hæredes Fideicommisso universali gravatos producta fuit. Et ne hoc in nuda subtilitate consistere quis

putet,

putet, eò hoc pertinet, ut positis terminis habilibus, quicquid simpliciter de Falcidia disponitur, in ea quoque quarta, quæ ex fideicommisso universali detrahitur, habeat locum. Ex quo intrepide defendendum est, quod etiam quarta, quam vocant Trebellianicam, prohiberi à Testatore possit: & quod eadem amittatur, si hæres inventarium conficere neglexerit: in quo utroque potius contrarium defenderem, si ullam quartam Trebellianicam vel Pegasianam agnoscerem. Hoc enim posito, quod cum Dd. agnoscit *Hunnius ad Tr. p. 2. de acquir. hæred. th. ult. & ad. L. Falcid. quæst.* 8. nullius momenti est ratio qua ibid. utitur, quod sæpè appellatione Falcidiæ comprehendatur Trebellianica. Nam & legitima non rarò sub ea appellatione continetur, & in correctoriis novisque constitutionibus verba strictè accipienda vulgatissimum est: & si quæ esset in specie dicta Trebellianica vel Pegasiana quarta, ineptissimè ita concluderetur: Falcidiæ nomine aliquando continetur Trebellianica: ergò etiam in Nov. 1. correctoria. Illud inter omnes constat, quod detractio legitimæ prohiberi non possit: quippe qua ademta lex concedit querelam inofficiosi, & quam omnino sine ullo onere & plenè vult deberi *Nov. 18. cap.* 3. & quam nec liberi ob non impletam defuncti voluntatem amittunt. *Nov. 1. c. 1.* Nam quod disputant Dd. *Clar. § testamentum quæst.* 63. an in persona liberorum possit valere prohibitio Trebellianæ, fit ex hypothesi opinionis illius, quod liberi possint deducere duplicem quartam vel portionem. In eoque Hunnii judicium miror dum *ad Tr. ad L. Falcid. quæst* 3 improbat duplicem illam detractionem, adeò etiam, ut eum maximum errorem dicat. (parum tamen memor, quod ipse, ut supra notatum legitimam cum debito alterius confert & eodem iure uti putat) & tamen eád. disp. th. 5. liberis prohiberi Trebellianicam posse negat. Quod si enim hanc nulla quoque adiecta prohibitione, iure eam deducere liberi nequeant, utique prohibitio licita erit. Quod si enim ibi per Trebellianicam legitimam intelligit, ineptam prorsus quæstionem facit, & turpiter errat, si Cynum Clar. & Alciat. quos allegat legitimæ detractionem prohiberi posse existimare putat; quod nemini JCtorum unquam in mentem venit: & Hunnium non ibi loqui de legitima, istud argumento esse potest, quod non in virtus ibi admittit, nullo expresso textu sententiam suam negativam confirmari: ille verò ad Anticyras relegandus foret, qui non infinitis textibus confirmari intelligeret, legitimæ prohibitionem nullius prorsus esse momenti. Idque vel exinde apparet, quod Dd. quæstionem hanc, & ipse quoque Hunnius formant tantum de liberis primi gradus, quibus etiam tantum duplicis portionis detractionem permittunt: legitima autem liberis cuiuscunque gradus & parentibus quoque debetur, cessante omni facultate prohibendi. Sed scilicet Hunnius uti apud alios invenit, ita descripsit, securus & immemor eorum, quæ ante scripserit: qua enim, quæso fronte maximi erroris arguere potest eos, qui duplicem detractionem admittunt: qui defendit, quod Hunnius, filium posse deducere legitimam repudiata hæreditate: & quidem defendit ex hac ratione, quod legitima sit loco æris alieni; quod utique quivis creditor repudiata hereditate petere potest.

COMMODUM OBLECTANDI MEI causa in manus sumseram Librum Hunnii, & resol. ad Instit. lib. 1. ubi de causa Patriæ Potestatis, cùm admoneor à Typographo vacare pagellas aliquas, quæ sint supplendæ. Nolui invidere Lectori voluptatem, quam cepi ex tractatione hominis ingeniosissimi:

Auditum admissi risum teneatis amici.

Præmittemus paucis verbis certam & veram huius rei, alioqui non difficilis, explicationem, quam veram esse fatebitur quivis, cui pectus sapit, imò qui sensu communi utitur & ratione.

PAtria potestas à iure gentium est; cuius iuris quæ sunt, eadem iuri naturali; interdum naturæ adscribi solent. Ratio huius rei solidissima est. Familia, seu societas œconomica, quæ simplex pars est constituendæ civitatis, est ex iure gentium. Familiæ caput ex eiusdem iuris gentium ratione, est maritus Familia rursus, (ut docet *Aristot. 1. polit.*) plena & integra consistit in tribus societatibus simplicioribus: inter maritum & uxorem, dominum & servum, patrem & filium. Idem maritus est dominus famulorum, & pater liberorum. Idem rursus, sed diverso imperii genere, imperat uxori, famulis, liberis, ut eleganter ostendit *Aristot. 8. & 9. Ethic.* Itaque hæ tres imperii & potestatis species omnes sunt ex iure gentium. Sed sc. vix quidquam manet in pura sua essentia, qualem ex iure gentium habet: sed apud diversas gentes variatur: Diversæ gentes aliæ humanius, aliæ durius, uxores, servos, liberos suos tractaverunt: sed potestas ipsa essentia sua juris gentium est & manet, licet accidentia & qualitas in diversis Rebuspl. varient. Hæc puto ita perspicua & certa esse, at facile quivis ea sit probaturus Romulus potestatem & maritorum in uxores, & parentum in liberos intendit, & pene nihil non in hos parentibus licere voluit: Quàm rectè nunc non disputo: illud inde concludo, rectissimè sentire, qui Just. *in §. 1. Inst de pat. pot* hoc emplastrum addunt, quod qualitate sit potestas patria iuris civilis: cæteroquin ipsam potestatem ex iure civili esse, nec iurato Justin. credam. Sed credit tamen Hunn. noster, quem audiamus. 1. Produci argumenta, quæ potestatem patriam iuri gentium adscribunt: ex quibus, quæ ex iure divino sunt, solidè concludunt: cætera quæ ex iure Rom. adducuntur, illustrant, sed apud me in huiusmodi quæstionibus juris Romani in alterutram

par-

partem exigua est autoritas: qui earum decisio non ex iure civili, sed ex rationibus Ethicis & politicis est petenda. Hunn. autem magno spiritu potestatem patriam iuris civilis esse contendit, adeò quidem ut nec admittat illos, qui qualitatem & formã tantum iuri civili adscribunt. Producit in aciem decem vanissima argumenta, & quæ hominis prorsus acerbum & immaturissimum arguunt judicium: 1. ex Justin. *in d* §. 1. *& Cuiac in l. 3. de his qui sunt sui vel al.* Resp. aut accipiendum esse de qualitate patriæ potestatis aut si aliter intelligas, perspicuè falsum esse: neq; enim potest ullus Imp. aut JCtus autoritate sua evertere rationes politicas aut Ethicas, & omninò alterius disciplinæ 2. quia patria potestas tollitur modis iuris civilis. Resp. ita etiam sequi, quod obligationes sint iuris civilis, quia tollantur per novationem, quæ est iuris civilis. Ineptus homo non intelligit, iure civili posse introduci modos, quibus etiam ea, quæ juris gentium sunt, possunt tolli: quod in modis manumittendi apertissimum est: ideoque propositio maior negatur, quæ si addatur particula *tantum*, apertè falsa est. 3. quia effectus præcipui potestatis sint à iure civili. Resp. ut argumentum concludat, oportere omnes effectus esse à iure civili; hoc autem falsissimum est: & effectus illi sunt à qualitate, quæ propria est civium Romanorum. 4. quia omnes causæ proximæ sint à iure civili, & inter has etiam matrimonium. Resp. lorariis opus fore in eum, qui matrimonium referat ad ius civile: quod si intelligas matrimonium confortatum à iure Romano, iam illæ qualitates tantum sunt iuris Romani, quas agnoscimus etiam in potestate patria. 5. quia deportatus, qui retinet ea quæ sunt iuris gent. amittat patriam potestatem. Resp. aut considerari deportatum, qua talem in rep. Rom. & sub ea; & fatuam esse consequentiam: quia Lex civilis ea omnia adimit deportato, sicut & testamenti factionum, aut extra rempublic. Romanam: & falsam esse propositionem minorem. 6. quia minima capitis diminutione tollatur patria potestas, velut emancipatione, quæ tamen non tollit ea, quæ sunt iuris gentium. Resp. ridiculum esse argumentum, quia emancipatio ad hoc ipsum destituatur, aut tollat potestatem: idque ipsum iuri gentium convenit, ut pater filium de potestate dimittere possit. Sed & omnia argumenta, quæ in hanc rem petuntur ex iure civili, inepta sunt: quippe quæ nihil te iuverint, si tibi cum Philosopho res sit, qui huiusmodi rationes etiam sibi exciperet. 7. quia pater olim non potuerit remittere potestatem suam, nisi per actum legitimum & civilem Resp. eiusdem ineptiæ est hoc argumentum: quia totum istud est civile. 8. quia potestas consistat in iure agnationis civilis. Resp. hoc aut esse falsissimum, aut eandem esse ineptitudinem, quia est ex mero iure civili. 9. quia quoties additur aliquid iuri naturali, effici ius civile Resp. hoc procedere ex crassa ignorantia sententiæ JCti *in l. 6. de iust. & iur.* ut ostendimus disp. 1. ubi de causa actionum. 10. quia naturales liberi ex concubinatu non sunt in potestate patris. Respon. esse ridiculam consequentiam; etiam ex iure gentium, quo ipso distinguitur coniugalis concubitus ab illicito & vago: quod ratio potestatis supra à familia desumpta ostendit. Est & 11. ratio, quia naturaliter pater obligatur filio. Respon. esse vitium & ineptiam sæpè notatam Sc. hoc à iure civili est, quod pater & filius censentur eadem persona, & qualitas itidem ea est potestatis civilis, ut nulla inter eos consistat obligatio. Ecquid videtur tibi Lector de judicio Hunn. cui adeò ineptæ rationes placere potuerunt. Sed non minus ineptius est in responsionibus ad alterius partis argumenta. Ait esse quidem à naturali iure & inde descendere, sicut & ex iure divino, quod liberi debeant esse in potestate patris, sed potestatem non esse ex iure gentium aut divino. Proh Deum atque hominum fidem: hæc quidem delirantis verba sunt. Scilicet juris gentiũ

est,

est, ut quis ex contractu obligatur: Ergo obligatio juris gentium est. Hinc consequentia prorsus necessaria est: si ex jure gentium descendit. Imperium patris in liberos, ergo potestas ea juris gentium est. Et verò ius illud, quod ex Lege Dei magistratu coram prius interposita contestatione, pater filium immorigerum lapidibus obrui curabat, nonne fuit potestatis patriæ? Et egregium simile adducit Hunn. Testamentum facere est juris gentium: sed tamen modus est iuris civilis. Si omnem modum intelligit, falsum dicit: ceteroquin ineptus est; nam fatemur hæc non sequi: Patria potestas est iuris gentium: E. nullus eius constituendæ modus est à iure civili. Falsum deinde est, quod solam reverentiam ait esse à iure gentium: Etenim ipsa potestas patris est ex iure gentium, ex ratione supradicta, quod maritus idemque pater caput est familiæ. Illud verò prorsus ostendit iudicii defectum, quod cum simpliciter proposuisset quæstionem de potestate patria, sicut etiam proponenda est, randem in responsionibus suis ait, quod argumenta adversa habent locum in potestate per se, seu ut ipse loquitur, in genere considerata: quæstionem autem esse de potestate, quam & qualem Romani in liberos suos habuerunt. Vix hic Heraclitus risum tenuerit. Etenim hoc modo, nuptiæ, testamenta, successiones, iudicia, & alia sexcenta, ratione formæ propriæ, sed accidentalis hactenus referuntur ad ius civile, quia extra eam formam nullam in Reipubl. Romana habent efficaciam. Sed eadem ratione ista omnia dicam esse iuris civilis Spartanorum, Atheniensium, Ægyptiorum &c. & qua fronte improbare potest illos, qui qualitate tantum pat. pot. dicunt esse iuris civilis? Et hinc quod Hunn. potestatem patriam forma, quæ ipsi det esse, iuris civilis esse ait, falsissimum est. Non minus suavis est Hunnius in quæst. seq. an potestas patria moribus sc. Rom. an iure scripto sit introducta: & valdè facere ait, Romulum quidem super ea legem condidisse, sed post eiectos Reges eam moribus receptam rursus, post forrassis in XII. tabb. iterum relatam esse. Quid verò istud est, moribus rursus receptam? in XII. tabb. fortasse elatam? quasi non de eo liquido attestetur Dionysius. Deinde cùm reges sint eiecti anno ab urbe condita 244. & LL. XII. tabb. latæ anno circiter 302. quam ridiculum est existimare, inter istud spatium de novo potestatem patriam cum omnibus qualitatibus, quas ex L. Romuli habebat consuetudine fuisse introductam. Quid quod idem Dionys. Hallicarn. expresse affirmat: Decem viros necesse habuisse sanctionem Romuli de patria potestate, in LL. XII. tabb. referre. Sed in pertusum ingero dicta dolium. Itaque abrumpo, & veniam peto, quod in his ineptiis proponendis, & confutandis operam & chartam malè abusus sum. Sed interest tamen admoneri studiosos, non satis exercitatos, ne ab eiusmodi scriptoribus sibi patiantur imponi, & pro frugibus glandibus vescantur: & ut discant quid distent æra lupinis: quod præsertim non pauci non parum sibi sapere videantur, si ex eiusmodi libris, quocunque licet judicio, in privatis collegiis obiectiones aliquas proponere possint: qui randem destituti fundamentis juris, quæ ex talibus scriptis nemo haurire possit, nullibi pedem ubi figant, reperiunt, serio quidem, sed sæpe serò oleum & operam se perdidisse, & delusos deceptosque fuisse agnoscunt & deplorant.

DISPV-

DISPVTATIO III.

Reſpondente

MICHAELE BRAVN,

Norinbergenſi.

THESIS I.

DIximus proxima diſputatione & ſuperiori, quatuor eſſe iura in re, dominium, ſervitutem, pignus & poſſeſſionem, ut tamen ſervitutem ſub obiectum dominii referri poſſe admiſerimus. Et diximus de dominio, quatenus eſt cauſa actionum in rem; & tamen diximus non in totum, ſed tantum quatenus producit actiones in rem civiles in ſpecie dictas.

II.

Cui conſequens eſt, minùs latè patere actiones civiles in rem: tum quia ex uno tantum iure reali naſcuntur, tum quia totum iſtud ius illis actionibus civilibus non abſolvitur.

III.

Sunt enim aliæ actiones in rem prætoriæ, quæ etiam naſcuntur ex dominio, & ex eius variis, diſput. præced. propoſitis ſpeciebus, & ex illis ipſis, ex quibus civiles quoque actiones in rem deſcendunt.

Non intelligo tamen omnes omninò ſpecies: cæteroquin implicaret contradictionem, ſi quis ex dominio Quiritario actionem prætoriam deſcendere diceret.

IV.

Et initio dominium prætorium itidem distingui potest, quod sit vel rei vel iuris, juxta explicationem disputat. præced.

V.

Dominium iuris prętorium duplicis generis actionum causa est, & primò actionum præiudicialium.

Videlicet duarum, quibus quæritur, an quis ingenuus, an libertus, & an filius sit, necne, *juxta § praeiudiciales. 13. Instit. de act.* ad quem & de natura harum actionum actum est disp. præced.

VI.

Deinde causa est actionum, quæ competunt pro servitutibus, confessoriæ & negatoriæ.

Quomodo servitutes rectè statuantur, obiectum dominii iuris explicatum est disput. præced. Duplici autem ratione hæ actiones prætoriæ sunt. 1. propter qualitatem iuris, quod quis in re habet, & utile dominium à Dd. appellatur: unde emphyteuta tantum utilem actionem pro servitutibus ex tuitione prætoris habet, quod itidem notatum est d. disp. præced. 2. propter causam requirendi, veluti, si quis longo tempore, & quasi possessione acquisiverit servitutem, cui utilis actio pro servitute datur *si quis 10. si servit. vindic.* Non agemus hic pluribus de hoc modo acquirendi servitutes, neque de servitutum vulgata in continuas & discontinuas distinctione, quæ ad proprios locos pertinent: sed nimirum cum L. Scribonia sustulisset usucapionem servitutum, quæ videlicet ex L XII. tabb. biennio perficiebatur, æquum tamen visum fuit prætori, utili actione concessa tueri eum, qui longo tempore iure servitutis usus esset, ad instar eius, qui longo tempore rem corporalem immobilem verè possedisset *l. 2. C. de servitut. & aqua.* Atque ita servitutes olim quoque longo usu, & quasi possessione constituebantur *d. l. si quis. 10. si servitut. vindicat.* quæ acquirendi ratio hodie possit usucapio dici *arg. l. ult. C. de long. temp. præscript. & l. un. C. de usucap. transform.* Unicum hic adspergere libet, an in ista acquisitione servitutum requiratur titulus? Et affirmasse olim Placentinum refert *Cyn. in l. 2. C. de servit. num. 4.* sed negativa placuit cæteris priscis Interpretibus *gl. in d. l. 2. & in l. 10. si servit. vindicat. & ibid. Bart. & Castrens. Cyn d. loc & ibid. Salic. in d. l. C. de servitut. num. 5.* quos pleriq; neotericorum sequuti sunt *Conan. 4. comment. 12. fol. 284. Longovall. in l. 3 de iurisdict. nu. 279. Gomez. lib. 2. resolut. c. 15. num. 27. Anton. Fab. 19. coniect. 10 Francisc. Balb. d. præscript. p. 2 part. 4 princ. quæst. 2. Fachin. 8. controvers. 22. in fin.* sed obiter tantum, sicut & obiter hoc attingit *Covarr. lib. 1. resolut. c. 17.* Sed non magnum momentum affert horum autoritas ad sententiam, quæ veteribus penè omnibus placuit, & non incertis iuris textibus nititur: veluti *d. l. 2. C de servit. & aqua.* ubi tantum requiritur patientia & scientia domini: *in d l. si quis. 10 si servit. vindic.* in qua ne dubitemus, quid per verbum *iuris* intelligatur, ipse JCtus hoc illustrat exemplo legati: *& in l. 1. § ult. de aqua pluv. arc.* sufficit usus servitutis, ubi servitus non invenitur imposita, id est, ex

cei-

certo titulo constituto: neque quicquam enim est, quamobrem cum *Hottom.* 8. *obs.* 10. de tempore immemoriali accipere cogamus: quod necessarium non esse, probat apertè *d.l.2.C.de serv.* Accedit textus *in l. ult. de aqua pluv. arcend.* in qua præcipuè per ius significatur titulus: & apertior *in l. apparet.* 5. §. *pen. d. itin. actuque privato.* ubi servitutem iure impositam habere, opponitur longi temporis possessioni & usui: facit *l. si manifestè* 7. *C. de servit.* ut proinde vehementer hic fallatur *Duar. 1 disput.* 34. ubi Dd. vehementer falli ait, qui ius de titulo explicant *in l.10. si servit. vind.* Rationes tamen, quas Dd citati pro hac sententia allegant, quod servitutes sint modici præiudicii, & quod prædia non possint sibi acquirere titulum, satis sunt leves: nec minus levis illa quæ contra Duar. movetur Pachin. d. loco, quod in usucapione requiratur titulus, ista autem non sit usucapio: quoniam hodiè instar usucapionis obtinet: & iure veteri quoque præscriptio longi temporis titulum desiderabat. Vera omninò ratio est, quod in præscriptione ista servitutum requiratur scientia & patientia domini, quæ scientia loco tituli est: quod sit propter istarum rerum qualitatem & conditionem, quæ non habent traditionem, sed omnis eorum possessio est in usu, quam quis exercet in alterius fundo, quod qui fieri patitur, non potest iure exigere tituli probationem. Solent huic sententiæ opponi 1. quod generaliter traditum est in præscriptione titulum sequiri *l.4. C. de præscript.* 10. *annor. cum similib.* 2. quod requiratur utique bona fides, quæ non videtur esse posse sine titulo. 3. quod *in l. ult. C de præscript.* 10. *annor.* requiritur bonum initium. 4. quia cum quælibet res præsumatur libera, necesse habeat probare titulum, contra quem militat præsumtio. 5. quia servitus *in l.1. C. de servitut.* dicitur quæri exemplo immobilium. 6. quod possessio quæ non est clandestina, nec precaria nec violenta, non possit destituta esse titulo: quod argumentum urget *Suarez. ad Gomez.* 2. *resolut.* 15. *num.* 27. Resp. ad 1. pertinere istud ad terminos habiles præscriptionis propriè dictæ earum rerum, in quibus nihil est aliud, quod suppleat locum tituli: quale hic est scientia domini, in servitutibus, quarum nulla vera præscriptio est. Ad 2. per inficationem, & quod possit bona fides esse citra titulum, cum sufficiat scire dominum, vel alterum existimare, quod dominus sciat: quia ex hypothesi scientiæ domini aut iustæ existimationis, frustra disputetur de mala fide, quam objicere dominus non possit ei, qui palàm iure servitutis usus est. Ad 3. tum quod de hac re primario disputandum sit, ex iure anteriori, tum quod Justin. sæpè confusius agat, ita ut prædicata ad propria & habilia subiecta referre oporteat: tum præcipuè, quod qui palàm uti incipit servitute, bonum utique habeat initium. Quarta obiectio, cui non parum tribuere videtur Hunnius, qui *in resolut. ad Tr. p.1. disput.* 17. *thes.* 9. *& ad Instit. lib.* 2. *q.* 15. ut alias ita hic quoque deteriores sequitur partes, prorsus inepta est; quia non est ea præsumptio juris, & de iure, sed ex earum numero, quæ admittunt probationem in contrarium, & fortiori præsumptione eliduntur: qualis est, usus diuturnus servitutis, in fundo alterius, qui propter hoc non amplius potest præsumi liber. Ineptior est quinta obiectio, in qua itidem sibi placet Hunnius: quippe cum in ratione acquirendi per tempus illa comparatio *l.1. C. de servitut.* consistat: quod perspicuè ostendunt verba: *tempore quasi visti:* & scientia domini, quæ ibi requiritur, loco tituli est. Sexta objectio in faciem contradicit JCto *in d.l.10. si servit. vind.* quippe qui expressè ponit possessionē longam posse esse sine titulo: licet fortasis admittere possim præsumi titulū ex usu diuturno, quia nemo facilè creditur sine causa permissurus, ut alter per fundum ipsius exerceat servitutem: sed sufficit nobis hoc obtinere, quod in iudicio non necesse habeat, qui confessoria utitur, hunc titulum probare: ut ita nihilominus

ominus salva maneat differentia rerum corporalium & servitutum: quod in illis titulum allegare & probare oportet: & in hoc errant alii, quod nullam hac in re inter ista differentiam admittunt. Sed & si quis forte existimet sibi licere existente id necessitate fundi sui, ire per fundum vicini, aut etiam putet eum permissurum, erit ibi usus & quasi possessio sine titulo. Nam quod Hunnius donationem hic esse dicit, more suo nugas agit, quia ea nunquam præsumitur: & ex hac hypothesi non requireretur usus 10. vel 20. annorum. Quinimò hac ratione, quicunque sciret rem suam ab alio possideri, nec statim judicio experiretur, ex hac inepta præsumptione donationis perabsurdè excluderetur. Illud verò valdè suave est, quod (quamvis aliqua Duarenum habeat autorem 1. *disput.* 34.) Hunnius respondet *ad l.* 10. *si serv. vind.* ibi non agi de titulo, sed de acquirendi modo: tum quod mox dicatur, *vel alio modo*, tum quod loquatur Vlp. de iure, quo aqua constituta sit, non autem acquiri servitutem titulo, sed modo. Verum si quod Hunnio judicium esset, animadvertisset 1. utcunque modus & titulus in specie distinguantur, quod etiam deponди sciunt, tamen generali appellatione modi etiam titulum contineri posse, quinimò debere, ubi recta interpretandi ratio id suadet: veluti ostendimus *d. l.* 10 *si servit. vind.* verbum *juris* necessariò de titulo accipiendum esse. 2. quod in materia servitutum titulus, & acquirendi modus penè concurrant, ut notatum disp. præced. 5. quod etiam alibi titulus & modus acquirendi sint invicem implicata, neque recipiant distinctionem quod accidit, tum iis casibus, quibus potestate juris transit dominium, ut ex causa legati, tum aliis, quibus iure gent. dominia acquiruntur, veluti occupatione, specificatione, &c. Quæ itidem non cepit Hunnius, dum ineptè scribit, legatum interdum esse titulum, ubi res aliena legata fuit, sed modum acquirendi, ubi res propria: quomodo quis etiam ineptè distinguere posset, circa emtionem vel donationem. Sed nimirum cum in legato concurrat & titulus & modus, ubi res aliena legata est, conditio eius & qualitas, impeditne possit transferri dominium: & tamen falsissimum est, quod hoc casu legatum tantum titulus sit, quinimò transit conditio usucapiendi, quam titulus nudus nunquam patit, sed talis actus, qui in terminis habilibus dominium transfert: juxta perpetuam regulam juris, quod unus idemq; actus qui transfert dominium, ubi res propria est, transferat jus usucapiendi, ubi res aliena bona fide accepta est. Sed amplius valde suavis est. Hunn. dum ita respondet *ad l.* 10. sufficere probasse hunc modum, qui est in longa quasi possessione & usu, nec inquiri, ut ostendat alio modo acquisitam servitutem. Hæc explicatio initio ineptum facit JCtum, & fatuam dubitandi rationem: siquidem liquidissimi iuris est, ad acquirendam rem aliquam, non requiri duos modos, sed sufficere unum, adeò etiam ut titulus dominii duplicari non possit *l.* 4 *in pr. C. de contrah. emt.* perinde ut ineptum esset dicere, eum qui probavit ex donatione rem se acquisivisse, non necessum se habere docere, se ex emtione vel permutatione dominum rei factū esse. Deinde huius responsionis ineptitudinem illud ostendit, quod nullus alius est modus acquirendi has servitutes, nisi ipsa potestas juris in casu, quo legatæ sunt, *per l. si parum* 19. §. 1. *quemadm. servit. amit.* & apprehensio per usum: itaq; cum longam possessionem & usum & legatum quoq; *in d. l.* 10. *si servit. vindic.* proponat JCtus, necessariò efficitur, verba JCti, *vel alio modo*, ad titulum alium pertinere.

Porrò cùm sæpius dixerimus, scientiam loco tituli esse, consequens est; quod scientia domini in præscriptione servitutis requiratur: & scientia videlicet vel vera vel præsumta, si quis apertè & non clam servitute fuerit usus: quod quidem necessariò præsumtam domini scientiam implicat: quod etiam confirmat *l.* 2. *C. de servitut.* Et com-

commentum est, quod ita in specie facti hoc inciderit: inepta etiam obiectio *ex l. ult. C. de praescript. 10. annor.* miseri JCti sunt, qui ad verbulum aliquod Justin. loquacissimi legislatoris, tanquam ad scopulum obhaerescunt: & quod ibi de scientia domini non expectanda dicitur, nec absurde ad casum tituli praecedentis refertur, aut de terminis habilibus, rebus corporalibus explicandum est. Ineptior obiectio est, quod si necessaria esset scientia, rara foret servitutum praescriptio. Nihil enim in hoc absurdi est, & sufficere diximus praesumtam scientiam, & qui titulum de necessitate requirunt, rariorem fortassis faciunt praescriptionem. Illud autem falsum est, & paulò antè refutatum, quod sola patientia inducat titulum donationis. In caeteris quae more suo descripsit Hunnius, & iisdem verbis repetiit *in resol. Instit. ad Treutl.* cum levissima sint, immorari piget, & res ista huius loci non est.

VII.

Haec de dominio praetorio iuris. Dominium praetorium rei docendi causa distingui potest, quod sit dominium vel verum vel quasi.

VIII.

Illud hic intelligo, quod oritur ex certis caussis, jure praetorio agnitis & introductis, quarum duae praecipue esse videntur.

IX.

Prima, decretum secundum, quo praetor mittit in possessionem, vel potius possidere iubet, ex caussa damni infecti.

Dominium hoc probavimus disp. praeced. *ex l. communi 7. §. planè 9. commun. divid. l. si finita 15. §. Iulianus 16. & §. postea quam 33 de damn. infect. cum similib.* Et ut obiter addamus, ostendit *d. l. 15. § 16.* quod dominio huic praetorio accedere possit dominium Quiritarium per usucapionem.. veluti hoc modo olim dominio bonitario. quod in rebus mancipi ex nulla traditione constituebatur, per possessionem legitimi temporis, vel nexum sequutum, accedebat dominium Quiritarium, ut docemur *ex § in bonu tit d. libert. in fragm. Vlpian.* Secundum quae, quod vulgò traditur, eum qui semel dominus est, amplius dominum fieri non posse, neque ex duabus caussis dominium obvenire, nec titulum dominii duplicari posse: accipiendum erit de eodem dominii genere: & possit tamen quis existimare, supervenientc perfectiori dominio, evanescere prius. An autem decretum quod secundum dicimus, alio respectu tertium dici possit, & an in actionibus in rem interponatur etiam secundum decretum. & quo effectu non est tractare hujus loci: & dictum est ea de re ad Treutl. *p. 2. de benefic. credit. th. 1. & 2.*

X.

Altera causa dominii praetorii veri est agnitio bonorum possessionis.

Quam ille videlicet edicto suo tam ex causa testamenti quàm iotestati proposuit: qua de re in universum tractatum est ad Treutl. *p.2. de bonor possess.* acquiri autem hinc dominium ostendit *l.1 de bonor. possess.* & arguit effectus: & pervulgatum est, quod prætor dominum & hæredem facere nequit *in princ. Instit de bonor. possess. vers. quos autem*, ad dominium Quiritarium pertinere: effectu autem ipso & hæredem & dominum à prætore fieri, itidem pervulgatum est, & *ex d. pr. Instit.* confirmatur: & iam disp. 1. refutavimus Cuiacium, qui *in l. 1. de bonor. possess.* confingit dominium possessionis. Eius enim, & si qui illum paucissimi secuti sunt, hoc est, commentum. Falsus est Hunnius, qui *in lib. 3. resol ad Inst. tr. 1. in fin.* à Dd. valde hanc quæstionem agitatam ait: sed & falsum eius ibid. quod demùm per perfectiones consequatur dominium possessor: quia imò ipsa agnitione bonorum possessionis omnium bonorum dominus efficitur.

XXI.

Hinc consequitur, quod actio in rem prætoria itidem alia sit universalis, alia singularis.

Universalis scilicet est, quàm prætor ad instar civilis actionis introduxit, possessoriam hereditatis petitionem *tot. t. D. de possess. hered. petit.* Ubi hoc obiter notandum, quod istud dominium prætorium duplicem effectum producat, ex diversa qualitate possessoris. Hi enim si possideat pro herede, vel pro possessore, sub quo titulus singularis invalidus continetur, convenitur ista, quam diximus petitione, quia actor petit se declarari heredem prætorium, & quicquid penes possessorem est sibi restitui. Quod si rem singularem ex bonis defuncti titulo singulari iusto, qui possidet, singulari actione in rem experietur. Licet enim interdicto quoque quorum bonorum experiri possit non dubitandum tamen, quin utili quoque iudicio petitorio locus sit. Et eodem modo res se habet in acquisitione hereditatis ex iure civili. Video sub hanc classem prætoriarum actionum à Tr. & Forstero referri fideicommissariam petitionem hæreditatis: sed ei opinioni repugnat, quod SCtum, cuius vigore fideicommissaria hæc petitio instituitur *l. 1. in fin. de fideicommiss. hered. petit.* pars est iuris civilis, ex qua etiam hæredes fiunt veri *d. princip. Instit. de bon. possess. vers quos autem*: id licet hic obtinere nequeat. cum duo in solidum veri heredes esse non possint, nihilominus tamen petitio, quæ ex SCto descendit, civilis actio appellanda erit. Neq; movet, quod *in l. 1. de fideicommiss. hered. petit.* hæc actio opponitur petitioni civili: quoniam ibi petitio civilis sumitur in specie pro ea, quæ competit hæredi instituto, vel à lege vocato: ideoque nec obstabit: si quis hic replicet *ex l. 3. de petit. hered.* ubi petitio hæreditatis, & illa iuxta rubric. civilis etiam ex SCtis datur: quoniam ut dixi, loquitur de SCtis, quibus rectà ab intestato hereditas certis personis, veluti matri aut liberis defertur: quæ tamen petitio non posset dici civilis, si ius 12. tabb. quis respexerit, quo exclusis illis personis, quas SCta admiserunt, aliis hereditas deferebatur, neque absurdum est, aliter atque aliter diversis locis usurpari, civilem petit hereditatis: Porrò verum non videtur, quod Forsterus ait, tametsi SCtum de fideicommisso restituendo tractet, quod tamen de actione rerum persequendarum, quæ ab alio detinentur, expressum non sit, sed prætor illud iurisdictione sua suppleat. Etenim & hic non de actione, qua res singulas fideicommissarius persequatur, disputatur, sed de ipsa fideicommissaria hereditatis petitione: & imò SCto expressè cautum est, ut actiones omnes in fideicommis-

missarium transferent *l. 1. ad SCt. Trebellian. §. & Neronis. Inst. de fideicomm. hæred.* eoq; respectu Justin. *in §. restituta. 3. eod.* fidei commissarium loco hæredis esse tradit. Itaq; quod *in d. §. & Neronis. 4. in fin.* prætor utilis actiones dare dicitur, ita accipiendum est, quod eas det secundum SCtum: eodem sensu quo prætor hæredi civili actiones proponere dicitur *in l. 1. in pr. si pars hæred. pet.*

XII.

Hæc de dominio prætorio vero. Dominum quasi in genere (*a*) sumtum, iterum in duplici est conditione: etenim primo ita dici potest ius illud in re, quod leges non solent appellare dominium, sed tamen quia ius dominio proximum est, & plenissimum rei emolumentum continet, à Dd. utile dominium appellari solet.

(*a*) Dico in genere sumtum: quoniam aliàs Dd. per dominium, quasi in specie intelligere solent ius illud, quod habet v.c. bonæ fidei emtor, cuius vigore intentatur Publiciana.

XIII.

Et porro hoc dominium utile amplius recipit sub distinctionē in duas species; quod aliud eiusmodi est propter ius alteri reservatum; (*a*) aliud propter causam acquirendi (*b*)

(*a*) Eiusmodi dominium habent emphyteuta, superficiarius, vasallus, quibus prætor accommodat utilem actionem in rem, ut notatum est disp. præced. (*b*) Tale dominium ex ratione iuris veteris habet, qui prædium provinciale bona fide longo tempore possedit: & ita hoc dominium nascitur ex præscriptione: neque enim post illud spacium exceptio tantum possessori, sed etiam utilis actio, & ut puto, à prætore accommodabatur *l. si duo. 13. §. 1. de iureiur. l. pen. in fin. princ. C. de præscr. 30. ann. arg. l. si quis. 10. si serv. vindicat.* Vbi tamen notandum, causam huius dominii etiam fuisse à qualitate rei: quoniam prædia provincialia, extra ea, quæ jus Italici soli accepissent, utpote stipendiaria populi Romani, in dominio Quiritario privatorum esse non poterant. Ambigo, annon huc etiam referri possit dominium, quo acquirebatur ex causa fideicommissa: hoc enim dominium quidem appellatur *l. Herennius. 42. de usur.* sed Quiritarium non fuisse ostendit, tum quod pro fideicommissis tantum extraordinariæ persecutiones erunt *l. pecunia. 178. de V. S.* tum quod Vlpian. scribit *tit. de fideicommiss. in princ.* fideicommissa non proficisci ex rigore juris, *iuxta pr. Institu. de codicill. & §. 1. Institut. de fideicommiss. hæred.* tum quod *in l. 3. ff. usufruct. pet.* non obscurè negatur ex causa fideicommissi acquiri dominium, videlicet Quiritarium. *Sed* haud scio, an prætor totum hoc jurisdictione sua expediverit, *arg. d. §. 1. in fin.* an civilis actio appellari possit, quæ pro fideicommissis competebat, quippe quæ ab Augusto confirmata fuisse docet *d. §. 1. & d. princ. Institut. de codicill.* nullam plane legem, constitutionem aut SCtum desuper factum accepimus, sed quod Augustus jusserit, ut consules autoritatem suam interponerent *d. §. 1.* Hodie planè post exæquata legata & fideicommissa, itemque confusa præscriptionis & usucapionis jura, & ius Italici

soli

soli omnibus provinciis communicatum, dubitari non potest, quin ex causa fidei-commissi & præscriptionis verum & civile dominium acquiratur: de quo alibi agitur.

XIV.

Hæc de prima specie dominii quasi. Altera species appellari potest dominium fictum: idq; rursus duplex statui potest: alterum, quod fingitur acquisitum, cum tamen acquisitum nec dum sit: alterum, quod fingitur, nondum amissum, cum tamen re vera amissum sit.

XV.

Illud dicitur habere bonæ fidei possessor, qui ab alio ex iusto titulo rem non vitiosam sibi traditam bona fide accepit, adeoque est in conditione usucapiendi, & hinc perinde habetur, atque si usucapionem implevisset, ex quo quasi & ficto dominio nascitur actio Publiciana, quæ hic nobis est explicanda.

Constat hanc actionem esse prætoriam, itemque actionem in rem, neq; necessum, ut hic in re non dubia utamur probationibus non necessariis: addit Forster. *disp. 3. de act.* eam esse stricti juris: verum meo judicio parum subtiliter: quoniam distinctio actionum in bonæ fidei & stricti iuris propria est actionum in personam: de quo infra dicemus. Frustra enim idem monet, esse rei persecutoriam: quoniam actio in rem nunquam potest esse pœnalis: quin & hæc distinctio actionum in persecutorias & pœnales, propria est actionum in personam, quoniam nulla actio in rem per se pœnalis esse potest.

XVI.

Illud initio inter omnes constat, quod actio Publiciana detur, sub colore dominii per usucapionem quæsiti.

Ait Iustin. *in §. namque. 4. Instit h. t.* actorem hic dicere, rem se usucepisse, quam non usucepit: unde Placentinus *ad hunc tit. & d. §.* juvabitur, inquit, actor potius, si mentiatur, quam si verum fuerit loquutus: & statim hæc verba subijcit obscuriora: *litera est meretrix. & occidit.* Sed iam olim *Petrus de Bella Pertic. in d. §. num. 3. Zas ibid. num. 34.* & plerique negant ab actore dici mendacium: & post eos *Forster. d. disp. 3. th. 4.* utitur his rationibus 1. quod bona fides tantum valeat, quantum veritas *ex L. bona fides. 36. de regulis juris* Respondeo hoc dici secundum quid, præcipuè quoad fructus, cæteroquin simpliciter acceptum, non minus mendacium erit. 2. quod actor non dicat simpliciter se usucepisse, sed quasi usucepisse. Respond. *in d. § 4.* verbum illud, *quasi*, non extare, sed *in § praced. 3.* in eoque lapsus est *Gomez. num. 33.* ubi putat gl. usam esse mendoso exemplari. Et tamen gl. malè allegata à Forster. vult *ex d. §. 3.* particulam *quasi* repeti *in §. seq.* & possit videri idem sensisse Placentinus, dum literam ait esse meretricem significans fortassis, corticem verborum *in d §. 4.* non esse attendendum. 3. quod bonæ fidei possessor neminem fallat, dum ius suum persequatur,

sequatur. Resp. posse quem etiam in persecutione juris sui mendacium dicere. Quin ut cunque particula, *quasi*, addatur, nihilominus tamen non protsus excludetur mendacium, quia omninò non usucepit: & cum sciat se non usucepisse, non tantum mendacium dicet, sed etiam mentietur, ut apud Gell. Nigidius distinguit: sed cum autore prætore faciat, & ex justa causa, culpa vacare intelligitur: cuius generis non desunt alia exempla: veluti per querelam inofficiosi, liberi non sine quadam impietate permittuntur furoris arguere parentes suos: & omnis fictio iuris nostri mendacium est: eoque nihil 4. juvat Forster. quod fictio tantum operari dicitur, quantum veritas: quoniam hoc fit per mendacium: siquidem fictio est falsi pro vero assumtio, ut verissimè eam descripsit Coras. *p.3. de arte iur. c.2.* & ita si reversus ab hostibus agat v.c. ex contractu, quem filius se absente gessit, & tanquam ex eo iure potestatis sibi acquisitum petat, necessum est, ut se fundet in fictione postliminii, atque ita prætendendo, se semper in civitate fuisse, mendacium dicat. Cæterum si hanc rem exactius putamus, ita statuendum videtur: publicianam introductam esse propter difficultatem probationis dominii. Vbi enim res ab alio tradita est, impossibile est accipientem fieri dominum, nisi ipse tradens dominus fuerit: quod cum probatu esset perdifficile, & eo tamen non probato, probatio dominii impleri non posset, & ut Justin. ait, durum esset, deficere hic actionem, contra cum præsertim, qui sine titulo rem teneret, visum fuit prætori introducere hanc actionem, qua difficultate illa probanda liberaretur actor, & vinceret, si bona fide justo titulo se rem accepisse probaret, ut non tamen propterea directo tanquam non dominus ageret, aut à prætore simpliciter pro non domino haberetur; quin potius in dubio præsumendum esset autorem dominum fuisse; sed ea præsumptio ad directam vindicationem, & ad probandum dominium sufficere non potuit, neque fas fuit, eam à prætore pro sufficiente haberi, ne hoc vergeret in præiudicium tertii vel veri domini, vel iusti possessoris: sed istud æquitati convenit, ut actor rem evinceret à possessore iniusto contra quem prætor efficacem voluit esse actionem, sub colore dominii & impletæ usucapionis: citra quem prætextum possessio in statu suo maneret, *argum. §. retinendæ 4. vers. commodum Instit. de interdict.* quod cum & æquitatem habeat; & necessitate quadam, ut satisfieret apicibus iuris, introductum sit, qui eo modo agit, nec mentiri nec peccare censendus est. Simplicius planè fuerit; si insuper habitis subtilitatibus illis rectà hodie permittamus allegare actori, quod rem ab eo, quem dominum credit emerit, adeoq; ad minimum fuerit in conditione usucapiendi. Ex his autem efficitur falsum esse quod scribit Schneidvv. *in §. sed ista. Institut. de act. n.45. post Iason. ibid. num 82. & 83.* (ubi prolixè nugatur, & ut verè ait Zas. ibid. ineptit & errat) eum qui intendit publicianam, necesse habere allegare, quod dubitet an sit dominus, imò ut Jas. ait, quod non sit dominus. Etenim rationi hoc adversatur, & implicat contradictionem, ut qui bonam fidem allegat, dicat se non esse dominum: siquidem bona fides est iusta existimatio, qua quis putat se dominum esse: & eleganter *Zas. n. 24.* existimare, inquit, debet se esse dominum, qui agit publiciana: & requisitum actionis vulgò jactatum, quod à non domino rem acceperit, respicit veritatem negotii, si ille forte non fuerit dominus, non opinionem agentis, qui omninò putare debet, autorem fuisse dominum, cæteroquin à mala fide liberari non posset: quod etiam probatur textu non obscuro *in l.13. §.1. de public. act.* quod sc. actor debeat credere, se esse dominum.

XVII.

Quæritur hinc, an etiam vero domino accommodari possit actio publiciana.

Affirmantem partem defenderunt olim Vltramontani *& Petrus de Bell. Pertic. ad hunc tit. in § alia. col. 6.* quam probabilem facit, quod iuxta thes. præced. non necesse sit in hac actione intendere, se non esse dominum verum: sub qua qualitate nonnisi cum implicatione contradictionis publiciana vero domino possit dari: sed postea qualitas veri domini omitti, & verus dominus potest ita movere actionem in rem, ut innitatur titulo & bonæ fidei. ut loquitur *Zas. in §. sed ista Instit. h. t. numer 8. & 11.* ubi sequitur sententiam Vltramontanorum. Et verò diximus thes. præced. quod acturus publiciana existimare debeat se esse dominum, & quod autor suus dominus fuerit & quod propter huius rei incertitudinem & difficultatem probandi introducta sit publiciana: cum autem procul dubio sæpe contingere possit, ut autor dominus fuerit, de quo tamen constare nequit, necessario eveniet, ut non raro publiciana utatur. qui re vera dominus est, sed qui ex causa prædicta talem se asserere non audet, & quidni igitur domino quoq; vero accommodari possit ista actio. si expeditiori & commodiori remedio uti velit, & fortassis ipse dubitet, an satis liquidò dominium suum probare queat. Atque ita dabimus vero domino hanc actionem, non sub tali qualitate, sed sub qualitate bonæ fidei possessoris. Sed vereor, ut ita explicari possit sententia, quam proponit Petr. de Bell. Pertic. Latius enim progreditur, & dicit quod possit se in hac actione appellare dominum: & argumentum ducit à minori ad maius, quod quæ actio ei competit, qui non usucepit, multò magis ei competere debeat, qui iam revera usucepit, aut etiam rem à vero domino sibi traditam accepit: tum porrò utitur comparatione bonorum possessionis introductæ pro emancipatis, quæ tamen producta etiam sit ad suos: hi enim utique non sub qualitate emancipatorum, sed suorum bonorum in illam possessionem petunt: ut adeò Petr. de Bell. Pertic. actionem hanc vero domino etiam, qua tali tribuere videatur. Sed hanc sententiam ego cum cæteris Dd. Citramontanis falsam esse statuo: quam nihil iuvat ratio à minori, quoniam sunt diversi termini, & qualitas actionis repugnat. Nec procedit comparatio, quoniam ut & Jas. notat *n. 65.* bonorum possessio & hæreditas, maximè sunt remedia affinia: sed inter actionem directam & publicianam, inter dominium verum & fictum: ipsum dominium & colorem dominii, quædam est repugnantia. Eoq; pertinet ratio Johan. Fabr. quod duæ actiones origine inter se contrariæ, licet etiam tendant ad eundem effectum, non possint concurrere: & ut opinor intellexit Faber concursum etiam electivum, non tantum cumulativum, ut malè hoc accepit & respondit Jas. dum defendere tentat opinionem Vltramontanorum, à qua tamen postea recedit. Sed & amplius non iuvat Petrum *l. 7. § si petenti de publiciana* in qua se torquet *Ias. n. 66.* quoniam iuramentum non dominium, sed hoc tantum operatur, ut contra eum, quo deferente iuratum est, actio competat, eaq; merito publiciana, quia eum dominum eum fuisse non constet, perinde est, ac si ab alio quovis res tradita fuisset: & facit hoc textus *in l. si duo 13. §. t. de iureiur.* iuxta quam qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis demum præscriptionem, actionem in rem videlicet contra quemcunq; possessorem habet: quoniam iuramentum est, quasi loco tituli, quem sequitur traditio per reum possessorem, contra quem iuratum fuit. Et quod ista fuerit opinio Petri, quam refutavimus, argumento est

quod

quod nec Citramontani prorsus.& sub qualitate, quam diximus, domino vero videntur negasse Publicianam; ut videre est ex traditis à Jason. *n*.70. *cum duob. seqq.* ubi tamen circa cumulationem, aut potius coniunctionem alternativam, aut subordinatam diversas refert opiniones. Et illud initio inter omnes constat, quod iure Canonico,& de consuetudine talis libellus valeat: peto hanc rem iure dominii directi, vel quasi *cap. Abbate. 3. in princ. de sentent. & re iudic. in 6.* Sed hanc petendi formulam de veritate iuris subsistere negant gl.& alii relati à Jas. qui *l.1.§ qui autem quod legatorum* restringunt ad casum, quo propter factum adversarii de actione sibi competente quis certus esse non potest, ut tum demum admittatur subordinatio actionum. Sed magis probo illos, qui istam subordinationem admittunt & permittunt actori, quoties ex iusta causa de iure agendi dubius est: quæ dubietas hic omnino occurrit,& suadet concedi actori, ut duplex ius in iudicium deducat, se videlicet aut esse dominum verum, aut in conditione usucapiendi: idq; simpliciter admiserim, rejecta limitatione Jasonis & distinctione, an actor aliqua ratione certus fieri possit de iure tradentis necne: nam & ita absurdè ad hunc casum restrinxeris Publicianam, contra mentem prætoris, qui attenta difficilima huius rei inquisitione & probatione, simpliciter introduxit Publicianam. Et eo libentius sequor hanc opinionem, quod eam receptam in praxi testatur Geil. *lib.1.observ 61.n* 4. nec quicquam contra eam facit ratio, quam ex Dyno movet Jas. de contrarietate harum actionum: quoniam imò, ut ex prædictis apparet, non tam contrariæ sunt, quam diversæ,& Publiciana ei competit, qui præsumptivè dominus est. Prorsus sub qualitate & modo ante explicata etiam vero domino Publicianam concedam, contra quam sententiam nihil faciunt textus, quos Jas. in hanc rem expressos esse putat in *l.1.§.merito. de public. act. & in l. si ab eo. 18. de pign.* quoniam ibi significatur causa impulsiva, & ratio introducendi, quæ necessariam fecit Publicianam, ei qui nondum dominus esset: neq; propterea ab actione ista iam introducta, prorsus dominus exclusus esse censendus est: deoq; pravo iudicio, ut semper Hunnius *in resolut. ad Treutl & ad Instit lib*.4. per istos textus planissimè opinionem illam refelli ait: & inepta eius alia ratio, quod domino vero satis sit prospectum: nam & hoc passim falsum est: & magis falsum, quod remedia prætoria prorsus negentur iis, quibus jure civili succurritur: falsum etiam ex superioribus apparet, quod remedia ista sint pugnantia. Sed hæc forte plus satis Unicum hic adspergere liber, quod movet *Jas.n.55 & seq.* an etiam in terminis ut iis dominii quod vocant, locum habeat Publiciana. Equidem propria actione hic profectum: & tamen, cum emphyteusis etiam præscriptione, & hodie usucapione quæritur, si quis fundum tanquam ab alio in emphyteusin sibi concessum possideat,& Canonem solvat,& interim amittat possessionem, nihil absurdi fuerit huic, qui est in conditione usucapiendi utile dominium, accommodari Publicianam: quod idem obtinebit, si non dominus rem in emphyteusin alteri concesserit. Atque ad hunc casum detur referri poss. *l cum sponsus.12 §.2. de publ. act.* ubi publiciana datur, quando prædium vectigale, vel aliud ejus generis, cujus dominium verum privatus habere non potest bona fide à non domino traditum fuit: quia sc. jus utile & quod dominii instar est, acquiri posse videtur.

XVIII.

Atque ita sub colore quæsiti domini intentatur Publiciana. Vt autem hic color locum habeat, rem traditam esse oportet.

L. 1. in pr. de Public. act. intellige traditionem vel veram vel quasi, nam & pro servitutibus Publiciana competit *l. si ego. 11. §. 1. eod. tit.* & porro in rebus corporalibus traditionem vel veram vel fictam: cuius multæ species & modi sunt, veluti per fictionem brevis manus, demonstrationem fundi etiam ex turri, traditionem clavium appositionem custodis, &c. iuxta textus *in l. 1. §. si iusserim. 21. l quod meo. in pr. & §. 2. l. quarundam. 51. de acquir. possess. l. clavibus. 74. de contrah. emt. l quicquis 28. C. de donat §. interdum. Instit. de acquir. rer. domin.* de quibus pluribus actum ad *Tr. p. 2. de acquir possess. thes. 2. lit. h.* Cum enim huiusmodi actus iure civili recepti sint, & habilitati ad transferendam possessionem, qua tradita sequitur usucapio, necessariò etiam sufficient ad fundandam Publicianam, siquidem per eos modos ubi tradens dominus fuit, dominium transferri non dubitatur. Et ergo idem statuendum erit de traditione instrumentorum, iuxta *l. 1. C. de donat.* ubi iis traditis dominium transferri disertè rescriptum est. Enim verò cum ex ea causa dominium ipso jure non transferatur, prorsus necessarium est, ut in ea specie mancipia tradita censeantur, quod etiam perspicue ibidem scriptum est. Et hic rursus Hunnius, qui ubiq; impingit, more suo lapsus est, dum ad *Tr. p. 1. de rei vindic. thes. 1. lit. 9.* scribit, si duobus ead. res vendita, & uni res ipsa alteri instrumentum traditum sit, nihilominus eum præferri, qui posterius rem accepit, licet alteri prius instrumentum traditum fuerit. Ubi mitto notandum quod cum præiudicio, sed sine iudicio Hunnius in formanda quæstione instrumentorum & rem ipsam opponit: perinde ac si ficta traditione, res ipsa tradita non intelligeretur: quod perspicue falsum est, & tum contra *d. l. 1. C. de donat.* tum contra omnes textus, qui de ficta traditione loquuntur, & per eam ipsam rem transferri demonstrant; ideoque in hac quæstione traditio ficta & subtilis, traditioni & apprehensioni corporali opponenda est: & omninò respondendum contra Hunnium, quod ille potior sit, cui prius fictè res, & ita etiam, cui prius instrumentum traditum est: ex hac solida ratione, quod dominium alicui quæsitum, facto alterius auferri ipsi non potest: atqui ut expressè habet *l. 1. C. de donat.* dominium quæsitum est ei, cui prius tradita fuerunt instrumenta; & prorsus ridiculum sit, effectum juris, & an dominium manere debeat, & mansurum sit penes eum, cui ex lege acquisitum fuit, pendere ex arbitrio & voluntate venditoris aut donatoris. Et in hanc sententiam Odofredus antiquissimus interpres *in d. l. 1. C. de donat.* traditionem instrumentorum quod hunc effectum, confert eum traditione clavium, per quam rem rectè tradi, & possessionem transferri constat: & ibid. Cyn. explicat eum locum, de instrumentis, quibus continetur jus rei, & ut dominium transeat, necesse esse ait, ut possessio fuerit penes tradentem: idemque scribit ibidem Salicet. & Bart. ibid. inde notat, quod tradens instrumentum, censeatur tradere rem ipsam, super qua instrumentum conscriptum est. Quæ cum sententia Hunnii consistere cum nequeant, intelligere licet, qua fronte illa allegare ausit communem Dd. scholam: aut ille fortassis novam scholam confingit: certus planè sum, eum ex antiquioribus Interpretibus nullum inspexisse. At verò Hunnius pro se esse dicit textum apertum & perspicuum *in l. 15. C. de rei vindic.* ubi dicitur eum, cui prius possessio tradita est, obtentu non datorum instrumentorum expelli non posse: atqui inquit Hunnius in casu nostro, si præferetur is, qui instrumenta accepit, alteri, cui res est tradita, tum hic obtentu instrumentorum expelleretur à possessione

——— O medici, mediam pertundite venam.

Ergòne usquam aut pictum aut scriptum est *in d. l. 15.* quod alii prius in ea specie tradita

tradita fuerint instrumenta? & annon inepta hæc consequentia est: is cui prius res tradita est, potior censetur, licet ei instrumenta tradita non sint: Ergo is, cui prius res fictè tradita est mediante instrumento non erit potior eo, in quem postea corporaliter res translata fuit. Et nimirum *in d.l.quoties.15.C. de rei vindic.* hoc deciditur, traditionem instrumentorum non esse necessariam ad transferendum possessionem: & per hanc dominium: nimirum ubi alius jus anterius per traditionem factam non acquisivit, de quo casu *in d.l.15.* non tractatur. Sed quid ab Hunnio expectes, qui ibid. in fin. simpliciter affirmat, quod traditio vera semper prævaleat traditioni fictæ: quod quidem in terminis illis, quos ibi ponit Hunnius, ubi videlicet de transferendo dominio quæritur, plus quàm falsissimum est. Sed pergamus ad alia. Illud constat, quibus casibus traditione opus est ad transferendum dominium, in his etiam requiri traditionem, ut locus fiat actioni Publicianæ. Sed illud est in difficili, quid iuris obtineat in his casibus, quibus dominium citra traditionem potestate juris transferatur, qui referuntur *in l.1.in fin cum LL.seqq. de Public.act. & ibid. in gl.* & inter eos casus, quo Ecclesiæ res v.c. donata vel vendita fuit *l.ut inter §.1. ubi omnes Dd.C. de S. Sanct. Eccles.* an videlicet hic etiam non facta traditione competat Publiciana? Affirmat hoc *Petr. de Bell. Pert. in § alia col.5.* ubi ait, eandem esse rationem vindicationis & Publicianæ, illam autem etiam traditione non facta competere constat: & in specie, si testator mihi rem alienam legaverit, quamvis eam non apprehenderim. Publiciana me agere posse affirmat: Et videri possit procedere hic argumentum à maiori, ut si rei vindicatio directa non facta traditione competit, etiam & magis locum habere debeat Publiciana. Idem probat Johan. Fab. *in §. sed ista n. 12.* quod ex ultima voluntate competat Publiciana sine traditione idq; tanquam res controversia careret, proponet Forster. simpliciter *disp.3. de actionib th.4.* Et ineptus sit, qui à translatione dominii, argumentetur ad hypothesin traditionis alicuius fictæ: licet hoc non obscurè faciat Hunn. d. loc. ubi ait rem etiam intelligi traditam Ecclesiæ, quoniam rectà in eam transferatur dominium: quod ineptum effatum refutatur ex iis, quæ benè tradit Gomes. *in § sed ista. n 26.* & implicat contradictionem, ut ubi dominium transfertur sine traditione, res tradita dicatur aut fingatur. Et verò contra Petr. & Fabr. communis Interpretum stat opinio, attestantibus & probantibus Jas. *in d.§. sed ista n 16: Zas. ibid. n.12. & 13.* qui his casibus nonnisi ex persona autoris, si hic fuerit in conditione usucapiendi Publicianam concedunt, sed ex persona propria nulli nisi qui ipse apprehenderit possessionem. Confirmatur hæc opinio, quod possessio & traditio facti sunt, neque sicut potestate juris dominium, ita usucapiendi conditio transire potest, ut adeò argumentum à maiori procedere non possit. Ratio istius solida hæc videtur, quoniam Publiciana non datur, nisi ei qui usucapere cœpit, adeò ut teste *Ias. n.17.* argumentum ab usucapiendo ad Publicianam & vice versa, affirmativè & negativè procedat, sine possessione autem nulla potest esse usucapio *l. sine 25. de usucap.* adeoque cessat color dominii quæsiti per usucapionem, & requisitum essentiale huius actionis, ut actor prætendat se usucepisse, quæ prætensio impossibilis est, ubi traditio facta, & possessio translata non est quin amplius licet sine vacua possessione rem tradi posse existiment Dd. ad effectum transferendi dominii, de quo dictum ad Treutl. *p.2. de acquir. rer. domin.* tamen ut opinor, ut usucapio locum habeat, possessionem vacuam transferendam esse communiter statuunt. Huic fundamento non habeo quod reponam, eoq; contra Petr. & Fabr. in sententiam communem concedo. Quin amplius suspecta & dubia mihi videtur

communis limitatio Dd. qui ex persona autoris concedunt Publicianam. Non enim satis capio, quomodo citra cessionem actionis, quæ hic nulla est, successor singularis possit actionem movere ex persona autoris, qui ipse in conditione usucapiendi non est. Neque me movet textus, qui omnes huc impulit, *ex l. cum sponsus. 12. §. 1 de Public. act.* ubi is qui ex Trebell. SCto accepit, verbo etiam restitutam hæreditatem, dicitur habere Publicianam, etiamsi possessionem nactus non sit: etenim, cum præsertim divinatorium sit hoc explicare de Publiciana, quæ competit ex persona defuncti: respondebo speciale hic esse in persona hæredis, qui repræsentat defunctum & cuius locum subit fideicommissarius §. *restituta. 3 Instit. de fideicommiss. hæredit.* & hoc ita esse ex speciali iuris beneficio, quod sc. ad effectum usucapiendi hæreditas iacens possidere fingitur, ita ut usucapio & continuari & impleri possit *l. cœptam. 40. de usucap.* sicut eod. respectu, & quoad effectum usucapiendi, possessio dicitur continuari & transire in hæredem *l. cum miles. 30. ex quib. caus. maior.* posita autem conditione usucapiendi, ponitur etiam Publiciana.

XIX.

Porrò rem traditam ex justo titulo, & causa esse oportet.

Prorsus enim hic ead. ratio est dominii & iuris usucapiendi, ut sicut traditio facta à domino sine iusta causa, non transfert dominium, ita nec facta à non domino, sine iusta causa & titulo transferat conditionem usucapiendi. Vt hoc obiter addamus, nugatur hic Ant. Fab. *decis. 86 err. 5.* ubi contendit, ex ratione iuris gent. ad transferendum dominium, causa aliqua opus non esse: quod tamen nullo modo probatur *ex §. per traditionem Instit. de acquir. rer. domin. l. 9. D. eod.* quippe quibus locis causa non excluditur. Et aliàs ad hanc rem probandam textus iuris nostri civilis parum facere videntur. Illa autem putida & fallacia & cavillatio est, quod istud probandum adducit *l. si usufr. petat.* Etenim licet fideicommissum ex ratione iuri nostri non sit iusta causa acquirendi dominii Quiritarii, tamen nemo nisi insanus negaverit, eam ex iure gent. iustam causam esse: prorsus legata & fideicommissa consi[derata], ex iur. gent. essentia non differunt: itaq; secundum Fabr. legatum non fuerit iusta causa acquirendi ex iure gent.

XX.

Denique requiritur bona fides, ad fundandam Publicianam.

Non disputamus hic plenius de isto requisito, neque de modo probandi bonam fidem: de quo & quomodo ea, quæ in intellectu consistunt, probentur vide prolixè Jas. *in §. sed ista, Instit. h. t. n. 88. & seqq. Zas. ibid. n. 12. & seqq.* & cætera quoque huc pertinentia, ex materia usucapionum huc repetenda sunt. Inter alia constat, iure nostro malam fidem autoris successori singulari non obesse: quod tamen magnam patitur limitationem *ex auth. malæ fidei C. de præscript. long. temp.* ex qua, qui rem à malæ fidei possessore accepit, tricennii demum præscriptione tutus efficitur. Vnde quidam cessare existimant Publicianam, quasi sublato iure usucapiendi & præscribendi, quod decem vel 20. annis absolvitur: quos refert & bene refutat *Jas. n. 78.* quod sc. per dictam auth. non sit sublata, sed longius dilata præscriptio. Et licet videri possit præscriptio 30. annor. non regulari ad instar usucapionis, cum tantum videatur esse

esse exceptio nuda temporis *arg. l. 3. & 4. C. de praescript. 30. annor.* vera tamen est sententia Iasonis, ut videlicet in his terminis bonae fidei possessoris praescriptio, in caeteris omnibus sequatur naturam usucapionis, cum & hic non de actione excludenda, sed re acquirenda tractetur: maxime cùm hic quaeratur de praeiudicio non domini, sed possessoris sine titulo, ut paulò post dicemus: facit huc, quod bonae fidei possessor etiam sine titulo post 30. annos amissa possessione utilem in rem actionem habet *l. 8. §. 1 C. de praescript. 30. annor.* Subtilis hic videri vult *Zas. n. 16. & 17.* distinguendo, an acturus Publiciana fateatur malam fidem autoris sui, necne. Sed hoc modo inepta fit quaestio, cum sit de essentia Publicianae actionis, ut actor fuerit in conditione usucapiendi, imò ut praetendat se usucepisse: quae allegare non potest, qui autorem suum in mala fide fuisse fatetur: quoniam hoc necessariò infert malam fidem accipientis: adeoque allegare malam fidem autoris sui, & ius usucapiendi, implicant contradictionem; & ita ineptè dubitatur, an qui fatetur malam fidem eius, à quo rem accepit, Publiciana possit experiri.

Illud quoq; iure nostro civili constat, quod mala fides superveniens non interrumpat usucapionem: eoque Publiciana uti posse, qui iam fortassis malam fidem habet, modo initio apprehensae possessionis bonam fidem habuerit. Sed cùm hodiè in materia usucapionum ius Canon. observetur, & eo iure mala fides usucapionem interrumpat, non levis est dubitatio, an hoc casu hodieq; Publicianae actioni sit locus. Affirmat hoc Joh. Fab. *in §. sed ista*, existimans sufficere, quod iure Digest. usucapioni locus sit, ad effectum sc. movendi actionem publicianam, circa quam nihil reperitur mutasse ius Canonicum; quod insuper videtur in eo fundari, ne contra aequitatem res vero domino auferatur; Publiciana autem non contra dominum, sed iniustum possessorem datur. Confidentius hoc affirmat Ias. *in d. §. sed ista. n. 85.* duplicitatione, quam ipse inevitabilem appellat 1. quod etiam, qui amisit possessionem semel atq; iterum utatur Publiciana, cum tamen amissa possessione interrumpatur usucapio, ut proinde non necessum sit ad fundandam Publicianam usucapioni esse locum. 2. quod qui utitur Publiciana sit non dominus, & ut ipse Jason. putat, debeat dicere se non esse dominum. Verum hoc posterius iam supra refutavimus & cum iure Canon. per malam fidem prorsus vitietur usucapio, quae saltem interrumpitur iure civili per amissam possessionem, non videatur eo iure Publicianae locum habere posse. Frustra autem affertur pro sententia Ias. *l. cum sponsus. 12. § 2. de Publ. act.* quoniam non quidem directum, sed tamen, ut Dd. loquuntur, utile dominium in illis rebus praescriptione acquiri potest: quae res utilem facit actionem Publicianam: neque, ut hoc obiter addam, vel minimum adversatur *d. l. 12.* textus *in l. si finita 15. §. sed si 27. de damn. infect.* quos aliqui tanquam contrarios notant: quoniam ibi ipsi municipes propter contumaciam ius suum amiserunt, ut exinde ad instar rerum aliarum praescriptio habeat locum. Caeterum argumentum Jason. ita videtur constringi posse. Qui agnoscit se non esse dominum non usucapit: atqui qui agit Publiciana, agnoscit se non esse dominum: ergo non usucapit; ut inde scilicet inferatur nihil absurdi esse, si in casu cessantis usucapionis ex iure Canon. Publiciana tamen admittatur. Equidem argumenti conclusio directò ins oppugnare, & propositio minor per praedicta falsa esse videtur: & tamen Jas. colorem hoc modo addit: quod qui amisit possessionem postquam usucapere coepisset, nisi tempore iterum apprehensae possessionis habeat bonam fidem, non usucapiet *l. 7. §. 4 pro empt.* Ergo, inquit, si necessariò requireretur ius usucapiendi in eo, qui agere vult Publiciana, sequeretur iterum amissa

amissa possessione amplius Publicianæ locum esse non posse, sed tantum semel competere Publicianam. Sed sc. Jas. aut præsupponit, in Publiciana actione, quasi malam fidem allegandam esse: aut egregia est fallacia, si pro iisdem habet, non dicere, certo se esse dominum, & dicere se non esse dominum, illud consistit cum bona fide quia fit propter incertitudinem iuris in persona tertii tradentis: non autem hoc. Deinde falsum videtur, quod non obscurè existimat Jason. si post amissam possessionem tempore eius iterum beneficio Publicianæ apprehensæ, sciat rem non fuisse tradentis, porrò amissa possessione ei amplius competere Publicianam: aut, quod passim dicitur, eum uti Publiciana, qui usucapere potest, referendum necessario fuerit, non ad tempus, quo Publiciana vult experiri, sed ad pr. tantum, quo ipsi primò res tradita fuit: quæ sanè magna fuerit limitatio, non tamen valde absurda, quoniam Publiciana, nec contra dominum, nec contra alium iusto titulo possidentem datur. Ea autem opinione & limitatione admissa probabilis, imò vera erit Jason. sententia: quod ita Publiciana non fundabitur in iure usucapionis quod nunc est, sed quod fuit eo tempore, quo quis primò possessionem apprehendit. Et cùm alias iura Canonica correctoria sint, ad eum casum, de quo expresiè non disponunt, nec porrigenda esse videntur.

XXI.

Datur Publiciana adversus eum, qui titulum non habet.

Fundamentum huius rei ponunt *Jas. n. 19. in §. sed ista. Instit. h. t. Zas. n. 24. &* cæteri, (est enim communissima sententia) *in l sive autem 9 § si duobus. 4. in fin. de Publician.* ubi dicitur, si uterque titulum habeat, potiorem esse causam possidentis. Etenim cùm actor se fundet non in domino vero, quod nec probare necesse habet, sed tantum in conditione usucapiendi, efficitur inde, ut possessor, qui in eadem conditione est, exceptione actorem repellere possit: quippe ubicunque actor vincere vult contra possessorem in actione in rem, necessum est, ut nitatur iure potiori facit in argumentum *l ult. de Public act.* ibi, *ut ille potius rem habeat*: quæ verba arguunt potius ius requiri in actore. Et hinc in universum doctrina illa Dd. limitanda videatur, nisi actor probare possit, titulum rei destitui bona fide, quoniam ita deficiet ius usucapiendi, & possessoris ius erit infirmius: modò ne ex ista probatione mala quoque fides actoris arguatur, puta si ab eod. rem acceperit, qui casus proponitur *in d. l. 9.* Cæteroquin vincet actor, nec poterit exceptione repelli ab eo, qui usucapere nequit. Et hinc rectè *Ias. n. 20.* limitat thesin in eo possessore, qui titulum habet à fure, etiamsi ut ampliat Jas. ibid. furem esse ignoraverit: quoniam vitium inhæret rei, cum furtivarum rerum nulla sit usucapio, eoque nec Publiciana *d. l 9. §. pen. de Public. act.* Hinc & ea limitatio dependet, quod non excludat actorem titulus procuratus, ut loquuntur, si quis metuens Publicianam, curet dicis causa rem sibi ab amico aliquo vendi: notant *Ias. d. n. 19. Zas. n. 24. & 25. Saliect. in l. quoties 15. C. de rei vindic. num. 5.* Hic illud tractatur, an Publiciana detur contra eum, qui dicitur possidere pro herede. *Et Ias. n. 22.* refert, doctum quendam & solennem, ut ipse loquitur, virum, respondisse negativè. quia haberet titulum: eum Jason. reprehendit, quoniam pro herede non sit titulus: hunc rursus *Zas. n. 26.* reprehendit, & alia ratione Publicianam negat, quia pro hærede tenere, sit tenere pro domino. Sed videri possunt omnes, & ex iis gravius forte errare Zasius. Etenim nemo dubitat, hæredem non posse

posse teneri Publiciana, quatenus herum vel dominum significat, & quatenus ea, quæ revera defuncti fuerunt, ipse verus hæres tenet. Sed cum pro hærede dicimus possidere, aut non verum esse heredem, sed istud prætendi tantum, aut heredem quidem, sed non rei, de qua quæritur esse significamus. Atque ita, pro herede tenere dupliciter usurpatur 1. ut significet asserere se hæredem, cùm tamen verum non sit: quo sensu dicimus petitionem hæreditatis dari contra eum, qui possidet pro hærede, & qui scilicet tenet rem aliquam, quæ etiam re vera defuncti fuit. Et hoc sensu *pro harede*, titulus non est, siquidem nemo ita tenendo, longo tempore efficit, ut si hæres: & tamen Publicianæ contra eum locus non erit. quoniam hæres eodem iure utitur quo defunctus: nisi forte actutus Publiciana falsum eum hæredem ostendere velit & possit. Deinde pro hærede etiam verus hæres dicitur tenere rem, quæ defuncti non fuit, sed quam ipse tamen tanquam hæreditariam, & alienam ignorans, cum cæteris rebus defuncti pones se habet: veluti si sit res defuncto commodata, vel apud eum deposita: circa quod non levis controversia est, an iste sit titulus habilis ad usucapiendum: unde decisio quæstionis nostræ dependet, quia contra usucapiendum Publiciana cum effectu non datur. Et non esse talem titulum, probant textus expressè *in l ult. C. de usucap pro harede l. 4 C. de prascr. long. temp.* qui disertè negant sine alio proprio & speciali titulo usucapionem procedere posse: neque, ut ita loquar, sine mysterio est, quod Iustinianus scribit *in § sed tamen 4. Institut. de usucap.* usucapioni esse locum, si heres rem defuncto commodatam, locatam, vel apud eum depositam, existimans hæreditariam, bona fide accipiendi vendiderit: tacitè intuens, ab ipso hærede eam usucapi non posse. Et iuvat hanc sententiam non obscura ratio, quod hæreditas tantum tribuit ius in bonis, quo fuerunt defuncti, & in quibus successit hæres: adeoque cum bona deposita vel commodata non fuerint in defuncti bonis, hæreditas & successio, quæ tantum fit in universum ius defuncti, non potest in illis rebus titulum tribuere hæredi, aut absurdè ius hæreditarium extra terminos suos produceretur: neque ignorantia & error & falsitas possunt iustam caussam tribuere usucapiendi. Alii autem tituli habent veritatem, ex quibus scilicet res verè bona fide accepta est. Ex adversa tamen facit. tum quod *lib. 41. D. rubric pro harede* inter alios titulos usucapiendi proponitur, tum quod *in l. pen.* expressè dicitur, posse me usucapere, si putem: rem aliquam ex hæreditate esse, quæ tamen non sit. Sed fortassis pro hærede usucapere laxius aliquando sumitur; ut non significet tam novum titulum, quam novam qualitatem, quod persona nova in locum defuncti succedit: exteroquin *d. l pen* magis opinionem quorundam referre, quàm probare videtur; hoc autem constituto, quod titulus iste stabilis non sit, consequenter actioni Publicianæ locum esse admittemus. Sed ne fallam, ita vix elabemur: quoniam ita nulla futura sit usucapio pro herede, contra *l. 1. l. 2. in pr §. 1. & 2. l ult. D. pro harede. l non solum 33 § 1. vers. idemque & vers. hoc amplius d usucap.* neque alio pertinet. quod *in d l 33. & d l. 2. §. 1.* traditur, quod nemo sibi possit mutare titulum possessionis, & incipere possidere pro herede. Difficilis hic mihi nodus videtur, in quo extricando parum iuvant Dd. Refert. Odofred. *in l. 2. C. de usucap. pro hared.* vetustissimos Interpretes usque ad Johannem *tit. pro harede*, ad usucapionem habilem petiisse *ex l. pen. pro hared.* sed textus supra citati repugnant, neque acquiescere potest animus in responsione *Odofredi, Cyni Salic. Castrens. & aliorum. in d l 2. & ult. C. de usucap. pro harede l. 4. C. de prascript. long. temp.* quo iis locis hæres fuerit falsus, & qui iustam caussam existimandi se hæredem non habuerit. Nec magis tamen

L pro-

probare possum, quod referente Odofredo Johannes & alii statuerunt, pro hærede usucapere eum, qui rem quam defunctus vitiosè & mala fide tenuit, de novo tanquam hæres incipit à se possidere, nec uti cupit accessione defuncti. Ita enim everteretur constitutio juris, quæ vult malam fidem defuncti nocere hæredi: siquidem enim hæres rem non fuisse defuncti novit, ipse quoque in mala fide est: quod si ignoret, utique censetur uti iure defuncti: quod si ipsi permittimus, à se inchoare tempora usucapionis, iam elusa est, ut dixi, juris constitutio: imò hoc modo ipsi mala fides defuncti non nocebit, & sublata erit differentia, quæ certo iure traditur inter hæredem & successorem singularem: siquidem & huic nocet mala fides autoris, si eius accessione velit uti: & omninò non existimandum est, in potestate hæredis esse, non uti accessione defuncti, & ita efficere, ne eius mala fides ipsi noceat. Si coniecturis uti licet, dixerim fortassis, titulum pro hærede contra eum allegari qui postea evincit hæreditatem: v. c. si cum quis testamento ritè facto institutus esset, aut tanquam proximus cognatus succesisset, postea querela inofficiosi perlata, aut ab alio qui se proximiorem probavit, hæreditas evicta fuit: illi enim non ineptè veri hæredes interim dicuntur: quamvis sicut in aliis titulis, ita & hic error iustæ causæ, vel iustus error defendat usucapionem *d. l. non solum 33. §. 1. vers. hoc amplius, de usucap.* Et possint fortassis hæc exempla tituli pro hæredi dari: non dominus vendidit mihi fundum, qui erat Titii, cui ego postea hæres fio: incipio scilicet fundum possidere pro hærede, quam adeo, si post impleta tempora usucapionis alius hæreditatem evincat, tanquam usucaptam, retinebo, utcunque à non domino eum mala fide accepissem. Itemque erit, si Titius qui mihi vendidit rem alienam, postea me instituat hæredem. Sed nihil affirmare ausim. Posita sanè hac explicatione perspicua futura est sententia, textus aliàs obscuri *in l. 2. C. de usucap. pro hærede.* quem Dd. quidem vulgò ita accipiunt, quod sui hæredes nihil possint usucapere pro hærede. Sed explicatio procul dubio falsa est, quæ nec cum verbis legis convenit: nihil enim absurdius est, quàm ut deterior conditio hic sit hæredis sui quàm extranei: & ridicula est responsio Hunnii *ad Institut. libr. 2. qu. est. 9* quod hoc non descendat ex suitate, sed illam sequatur: nullo enim modo ita removetur vis argumenti, sicut non magis eo, quod eum sequi debere ait incommoda, quem sequuntur commoda: quoniam hæc petitio principii est; quod istud sit & esse debeat incommodum suitatis. Quam verò illud Hunnii falsum est, quod filius in potestate non sit verus heres patris: quod quidem distinctio vulgatissima heredem in suos, & extraneos, & infinita iuris loca refutant: contra quæ nihil movet *l. 11. de libr. & posthum.* quæ meram continet fictionem, nec quicquam falsius est propriè loquendo, quàm filium esse vivo patre dominum bonorum paternorum. Sed & dominium istud non possit obesse, quo minus iuxta diversas opiniones Dd. aut à se incipiendo & computando tempora possit usucapere rem, quam defunctus mala fide tenuit, aut eam quæ sine vitio apud defunctum fuit, tanquam hæreditariam possidendo: quod posterius Hunnius tanquam liquidum proponit, ut appareat eum, difficultatem huius rei non vidisse nec intellexisse. Sed pluribus hic non insisto, quoniam vulgata explicatio *ad d. l. 2. C. de usucap. pro hered.* quam pravo iudicio sequutus est Hunnius, satis confutata est ab Ant. Fab. *decad. 32. err. 5. Iohannes Vaud. libr. 1. q. 4. Forcatulo dial. 36. Fachin. lib. 6. controv. c. 11.* qui directissimè *d. l. 2.* ita explicant, quod titulus pro hærede à nemine allegari posit ad effectum usucapionis, ubi existunt hæredes sui, quippe qui ipsius iuris potestate in solidum, & soli sunt heredes: & contra quos sc. adeò non potest hic titulus allegari, sed potest contra alios hæredes, qui potiori iure evincunt hæreditatem.

Ex

Ex quo confirmatur quod paulò antè diximus, titulum pro herede contra alium heredem opponi: cæteroquin nihil intereſſet ſui hæredis, titulum pro hærede, obiici tertio vindicanti: & colligitur *ex d l. 2. C. de uſucap. pro hered.* favore ſuorum hæredum ita conſtitutum fuiſſe, & ita loquuntur Impp. ut iſtud controverſum, ſed tandem magis obtinuiſſe dicant. Et poſito itaque titulo pro hærede habili ad uſucapiendum, publicianæ contra in poſſidentem, locus non erit.

XXII.

De illo paulò plenius videndum, quid obtineat, ubi duo rem eandem diverſis titulis traditam ſibi acceperunt.

Triplex caſus diſtingui poteſt 1. quando ab uno domino res tradita eſt. 2. quando ab uno non domino res tradita fuit. 3. quando à duobus non dominis. Primus caſus hinc removendus eſt: vel quia eo tradente dominium tranſit, vel quia niſi eodem tempore factum præſupponas, non poteſt fieri, ut unus dominus rem tradat duobus: quod ſi enim partes rei tradiderit, ſinguli partis domini erunt: quod ſi dominium poſt ad eundem reverſum proponas, jam eius qui accepit ius, extinctum eſſe oportet, eoque nihil huc pertinebit: Ponimus enim hic rem traditam, cæteroquin duplex titulus in diverſis præcedere poteſt, quo caſu dominium tranſit in eum, qui prius rem accepit, & traditio in ſecundum de facto collata, nihil transferre juris poteſt. qua de re tractatur *in l. quoties 15. de rei vindicat.* Porrò duo domini eiuſdem rei in ſolidum eſſe non poſſunt, niſi ut in prioribus monitum, diverſo dominii genere, ſecundum quod hac de re ſtatuendum erit. Circa poſteriores duos caſus, ex Juliano refertur & probatur diſtinctio ab Vlpian. *in l. 9. §. 4. de Public. act.* ut ſi unus non dominus tradiderit duobus, potior ſit conditio eius, cui prius res tradita fuit, qui ſcilicet utens publiciana rem ab altero poſſidente auferre poſſit: ex duobus autem, qui rem à duobus non dominis acceperunt, potior ſit cauſa poſſidentis. Excutere hic libet diſputationem Fabri *decad 86. err. 7. & 8.* Et ille *d. cap. 7.* in priori caſu unius non domini ait rationem apparere manifeſtam. Imò vero ipſe Fab. in præced. ſæpius contendit, quod v. e. qui emit & accepit rem à non domino, nihil ab eo habeat præter nudam poſſeſſionem, & quod uti poteſt Publiciana, totum iſtud eſſe à bona fide accipientis. Hoc poſito tantum abeſt, ut hic caſus certam habeat rationem, ut etiam falſam oporteat eſſe Vlpiani deciſionem: quippe quod ita prior nullam prætendere poſſit prærogativam contra poſteriorem, qui rem poſſidet, & utiq; poſſeſſorem non minus, quàm prior ab alio æquè non domino bona fide accepit. Sed ſcil Fabr. ſolitus ſcribere, quæ in buccam veniunt, parum memor fuit eorum, quæ antea ſcripſerat. Et ſcilicet prorſus falſum habendum eſſe, quod tantum nuda poſſeſſio tranſeat in accipientem: ſed ſiquidem ſententiam Vlpiani defendere volumus, neceſſum eſt, ut ius accipientis, in quo fundatur Publiciana, etiam æſtimemus ex iure tradentis, qui præſumitur bonam fidem habuiſſe, utique omnes ius quod in re habebit in primum accipientem tranſtulit, qui Publiciana acturus cum prætendat ſeſe uſucepiſſe, ſimul hoc ipſum affirmat, quod credat ſe dominum eſſe, textus expreſſus *in l. 13. §. 1. in fin de Publ. act.* adeoque ius utiq; uſucapiendi à tradente in ſe translatum fuiſſe. Hinc enim verò efficitur, quod cum non dominus priori traditione totum ius ſuum tranſtulerit, & à ſe abdicaverit, eum manentibus iiſdem terminis nihil iuris in ſecundò accipientem transferre potuiſſe, ideoque contra hunc primum eſſe potiorem: atq; ita, qui alter eſt

Ant. Fab. error, eadem hic ratio est unius domini tradentis rem pluribus, positis habilibus terminis fictæ & veræ traditionis, ut scilicet prima traditione jus totum eius transeat, secundi autem, nonnisi simplex & corporalis possessio, ut in specie *l.1.C.de donat.* Tertius error Fabri est, quod alteram partem distinctionis Vlpiani de duobus non dominis, non putat niti bona ratione. Imò verò, cum par utriusque tradentis jus in re ponamus, ita ut ab altero alterius jus non dependeat, necessum etiam est, ut par & æquale sit iur utriusque accipientis, & cum adeò neuter habeat, quod alteri opponat, necessum est, ut ubi inter ipsos res agitur, juxta vulgatissimam regulam juris, potior sit conditio possidentis. Vt hinc appareat, quàm frivola & inepta sit objectio Fabr. quod prior constitutus fuerit in conditione usucapiendi: quoniam idem jus est eius, qui rem posterius ab alio non domino accepit. Sed obiici solet Vlpiani sententiæ, quod responsum est à Neratio *in l.si ea res.31. § ult. de act. emt.* sive ab uno non domino, sive ab alio atque alio duo rem eandem emerint, tum tuendum esse, cui primùm res tradita fuit. Vulgò hic distinguitur, an controversia vertatur inter illos ipsos duos, qui rem à duobus non dominis acceperunt, quem casum tractat Vlp. *in d.l.9.§.4.* quo scilicet alter ex illis possidet: an verò tertio possidente inter duos illos controversia sit, cui potius Publiciana contra tertium sit concedenda, ad quem casum restringunt *d.l.31.§ ult.* Et quamvis Cuiac. *liber.* 8 *observat.31.* & post eum Ant.Fab. omninò putant dissensisse Neratium à cæteris, attamen vulgata distinctio satis mihi videtur probabilis: quoniam ubi duobus illis res est, cum tertio cessat ratio prædicta, quod potior esse debeat conditio possidentis: siquidem ubi neuter possidet, potior esse eius causa videtur, qui prius rem accepit: & oportet utique pro alterutro respondere, ne si illos pares faciamus, res non reperiat exitum. Neque absurdè hoc dici, arguunt rationes perineptæ, quibus istam conciliandi rationem impugnat Fab. quod scilicet Neratius generaliter loquatur: quod non possit dari differentiæ ratio inter utrumque casum, ubi inter duos coemtores ipsos res est, & ubi contra tertium petunt Publicianam: quod *in l.quoties C.de rei vindic.* non distinguatur. Etenim nihil frequentius est, quàm ut in explicando ius nostrum textus indefinitè loquentes, ad certum casum restringamur: & quod secundo loco affertur, jam falsum esse ostendimus: & tertia objectio prorsus inepta est, vel quia *in d.l.15.* non de duobus, sed uno tantum venditore tractatur, vel quia ibi proponitur dominus rem tradidisse, neque hoc casu dubium est, potiorem esse eum, qui rem prius accepit. Ex his etiam apparet, prorsus malè verba Neratii *in dict.l 31.§.ult qui prius ius eius apprehendit* à Fabro ita corrumpi; *qui prius iustius apprehendit.* Ratio eius prima est, quod nuda tantum possessio apprehendatur in eo casu: Respondeo hoc esse falsum. 2. quod non sufficiat priorem esse, nisi etiam adsit bona fides. Respond. hoc disertè *in d.l.11. & in d l.9. §.4.* præsupponi, cæteroquin actioni Publicianæ locus esse non posset. 3. quod apprehensio sit facti. Respond. hanc esse futilem cavillationem, quoniam ubi apprehensio rei fit bona fide ex iusta causa, totum ius transit, quod fuit in tradente: cæteroquin nec per apprehensionem rei à dominio traditæ ius transferretur in accipientem. Vnde iudicare licet, vitiosè prorsus à Fab. expungi verba *in d.l.31. id est cui prius tradita est*: quam corruptionem pari subtilitate hoc proposito casu confirmare nititur, quod uterque bona fide apprehenderit, sed alter iustius altero: ille videlicet palàm ex causa emtionis hic verò clam vi aut precario. Etenim clandestina aut violenta possessio utraque iniusta est, sed precaria hactenus iusta, quia habet consensum domini, sed quoad actionem Publicianam pro iniusta est *l.13.§.1. de Public.*

Sed

Sed amplius progreditur Fab. neq; tantum pugnam constituit inter Neratium & Julianum, quem Ulpianus sequutus est, sed etiam ut subtilem se ostenderet *d. decad.* 86. c. 8. pro Neratio disputans, Juliani & Ulpiani sententiam his jejunissimis rationibus impugnat. Ratio 1. est, quod difficile sit non præferre illum, qui prius ab uno non domino justè rem accepit. Respond. jam supra responsum. 7. quod hoc casu ubi duo à non dominis rem acceperunt, non possint esse omnia paria, cum prior iustè acceperit possessionem. Resp. aut esse petitionem principii, & crambem recoctam, aut ineptam homonymiæ fallaciam: quia diversitas illa in prioritate, ut ex prædictis apparet, non potest inducere prærogativam contra possidentem, qui ab alio non domino eandem rem accepit. 3. quod iuxta sententiam Vlpian. defendendus sit alter, etiamsi ex iniusta causa apprehenderit possessionem. Resp. falsissimum esse, quod hoc ex sententia Vlpian. sequatur: quoniam ut Publicianæ locus esse possit, bona fide & iusto titulo possessionem apprehensam esse oportet. 4. adducit *l. ult de acquir. poss.* ubi dicitur, quod adversus extraneos, etiam vitiosa possessio prosit. R. extraneos ibi esse, qui nullum ius in re habent: qui autem Publiciana agit ex edicto prætoris, quasi domini ius utitur, eoque vitiosus possessor non magis hic se defendere potest, quam si directa in rem vindicatione conveniretur. Vbi verò possessor etiam titulum & bonam fidem habet, non potest superari ab eo, qui tantum in titulo se fundat. Quæ ratio adeò perspicua est, ut vix existimem, Neratio aliud placere potuisse, & tantò magis probem communem Dd. distinctionem. Sed nolo prolixior esse in refutandis eiusmodi nugis, quas sæpius ingeminat Fab. veluti quod posterior habeat iniustam possessionem: quod non sufficiat habere bonam fidem, si quis clam vel precario possideat: quandoquidem hæc cum justo titulo, qualis in Publiciana necessarius est, concurrere non possunt: quem utique *in d. l. 31. de act. emt. & in l. 9. §. 4. de Publ. act.* perspicuè proponunt JCti: simul & bonam fidem, quam habuit accipiens: utique bona fides, quæ fuit tempore contractus venditionis, etiam tempore possessionis apprehensæ durare præsumitur, utcunque hoc negat Fabr. ita ut maximè hoc expressum non sit, ex ratione tamen iuris sit supplendum, potiusquàm ut conquisitis calumniis ipsos JCtos insectemur: quod unicum hic agit Fabr. hoc nomine etiam reprehendens Vlpianum, quod eius distinctio *in l. 9 §. 4.* sit manca & imperfecta, nec contineat casum, quo de Publiciana contra tertium exercenda tractatur. Equidem tantum centones in Dig. nostris habemus: ne ulla necessitas est, uno in loco omnia tractare. Sed abrumpo: hæc enim vix tertiam partem faciunt eorum, quæ *dict. cap. 7. & 8.* peccat Faber, de quibus alibi dicemus. Melius sibi consuluisset, si Dd. communes opiniones sequi, quam temerè novando ridiculum se præbere maluisset: eousque progressus ineptiarum ut *in fin. cap. 7.* à se uno observatum hoc esse glorietur, quod etiam in priori specie, quo duo ab uno non domino rem acceperunt, Neratius dissenserit ab Vlpian. in hoc videlicet, quod Neratius eum potiorem faciat, qui prius iustius rem apprehendit, sed Vlpianus & Julian. simpliciter eum, cui prius res tradita est. Ergone etiam eum, qui clam, vi vel precario, aut aliàs mala fide apprehendit possessionem? Hoc quidem efficitur ex sententia Fabri, neque enim in alio dissensio à Fabro allegata reperiri possit: sed tamen procul dubio falsissimum & absurdissimum est: siquidem Vlpianus tractat de Publiciana actione, cui sine titulo & bona fide locus non est. Sed & Neratius *in d. l. 31.* itidem eum præfert, cui prius res tradita fuit: ineptum autem est JCtum loqui facere ex tua sententia, quam opinionis errore corrupto & sputcato textu ipsi affinxisti. Illud obiter addo perinde es-

se, sive non dominus ipse rem tradiderit. vel emtor v.c. sine vitio venditore non contradicente eam apprehenderit: quo ipsum est loco traditionis. Sed & illud præsupponi oportet, in specie *l. 9. §. 4.* quod uterque rem apprehenderit, cæteroquin de Publiciana, quæ non datur nisi ei, qui est in conditione usucapiendi, quæri non posset. Vnde coniecturam facere licet, quàm egregiè sc. hanc rem tractavit Hunnius ad Tr. *p. 1. disput. 15 quæst. 4.* nam & confundit quæstiones de re uni tantum tradita, & de tradita duobus, de quo hic agitur, cum actioni Publicianæ sine traditione locus esse non possit. 2. ait, quod *d. l. 31. de act. emt.* adeò nihil obstet, ut etiam confirmet eam sententiam, quod præferatur, cui prius res tradita est: ut appareat eum non intellexisse controversiæ huius cardinem: quoniam non dubitatur de casu, quo ita priori res tradita est, ut alter nudum retinuerit titulum, sed ubi duobus res tradita fuit. 3. simpliciter & indistinctè ait, quod ubi inter duos, qui rem emerunt aut acceperunt, potior sit conditio possidentis: quod perspicuè falsum est eo casu, ubi unus non dominus rem tradiderit duobus iuxta *l. 9. §. 4. de Public. act.* ut hic quoque appareat nihil vidisse Hunnium. 4. falsum est, ut superius ostendimus, quod quibus casibus dominium potestate iuris transfertur res pro tradita habeatur.

XXIII.

Et cum igitur actio Publiciana non habeat locum contra possidentem titulo, multo minùs contra verum dominum ea poterit intentari.

Textus expressus est *in l. pen. de Public. act.* & ratio peremtoria, quod præsumtio cedit veritati, adeoque dominium præsumtum, quod nititur colore prætenso usucapionis, non potest potentius esse dominio verò: & contra dominum verum deficit actionis æquitas quam allegat Iustin. *in §. namque 4. Inst. h. t.* & quod durum erat deficere actionem. tantum militat contra possessorem iniustum. ut eò potior sit, qui bona fide rem accepit *ult. in fin. de Publ. act.* cessat autem si agatur contra dominum, cui rem auferri sit iniquum *d. l. ult. in pr.* Est & istud apud omnes in confesso & controversia regula ista caret: ut hic quoque lapsus sit Hunnius, qui tanquam pugnantes opiniones *in resolut. ad lib. 4. Instit.* hic proponit & opinionem illam, quæ Publicianam contra dominum admittit, speciosis fundamentis niti suaviter affirmat. Nimirum regulam proponit thesis: sed sunt casus quidam singulares, qui faciunt exceptiones, propriis & satis perspicuis rationibus, propter quas exceptio dominii, replicatione elidatur, iuxta *l si à Titio. 72. in fin. de rei vindic.* Horum casuum quinque veros, ut ipse loquitur, refert *Petr. de Bell. Pert in §. alia. Instit. h. t. col. 9.* sed explicatioris doctrinæ gratia, ut ratio inconspicuo sit, quantum fieri potest huc constringenda sunt. Vnius casus erit, quoties rem à possessore non domino accepi bona fide ex ea causa, ex qua contra ipsum dominum possidentem actionem habuissem, & rem contra ipsum dominum verum consequutus fuissem. Hinc cui servus à possessore non domino ex causa noxali traditus est, & possidens exceptionem, & amissa possessione contra ipsum dominum Publicianam actionem habet *l. generaliter. 28. de noxalib. act.* Hinc itidem qui contra non caventem de damno infecto, ex secundo decreto possidere iussus est, contra ipsum dominum habebit Publicianam *arg. l. damni 18. §. non solum 15. de damn. infect.* Alius casus est, quod ille ipse, qui mihi rem alienam tradidit, postea dominus effectus est: quoniam hic æquum est, exceptionem dominii repelli

per

per replicationem: v.c. si qui vendidit rem alienam postea domino vero successerit, iuxta *l.l.à Titio.72.de rei vindic.l 4.§ si à Titio.32.de dol.mal.except.* Nec absimilis huic casus est, ubi à domino ipso causam habeo: cuiusmodi duæ reperiuntur species: altera *in l.Papinianus.14.de Public.act.* ubi mandante domino procurator rem mihi vendidit, & antequam traderetur res, prohibuit: ipso quidem iure dominus manet, sed tamen si procurator, qui ex contractu mihi tenetur, mihi tradiderit, Publicianam contra dominum habeo: quia non est æquum, præsertim cum injuria procuratoris, admitti mutationem voluntatis postquam res iuxta voluntatem domini vendita fuit. Altera species est *in l.si culpa 52.de rei vindicat.* Conventus ibi à vero domino directa actione culpa amisit possessionem, eoque litis quidem æstimationem præstare, sed vicissim dominus actiones suas ei cedere tenetur *d.l.63.* ubi verba, *cum tamen prætor, &c.* satis perspicue arguunt, etiam actionibus non cessis, eum à prætore, contra quemvis possessorem, & contra ipsum dominum adiutum iri: circa quod quatuor opiniones ibid. refert gl. quarum duæ sunt probabiles: vel quod det prætor actionem utilem in rem, quippe quod æstimatio litis sit instar venditionis, & reus qui æstimationem solvit, antea rem possederit: vel quod detur actio Publiciana, nam utramque actionem accommodat prætor. Prius probat *Petr.de Bell.Pert.* posterius Cuiac.10. *ob. serv.6.* ad quem effectum itidem sufficere debet, quod reus in possessione fuit, ut litis æstimatio postea soluta retrahatur ad tempus litis contestatæ. Alius specialis casus est, quo datur Publiciana contra verum dominum, non tam ex aliqua æquitate, quam propter autoritatem rei iudicatæ: quæ facit ut verus dominus quem contra pronuntiatum est, veri domini loco amplius non sit: ut fortassis hic casus ex hypothesi fictæ veritatis non satis recte huc referri videatur: & extra istas species *in l.si quis rem 24. de except.rei iudic.* nec absimile est quod supra notavimus *ex l.7.§.7 de Publ.act.* contra eum qui iuramentum detulit, dari actionem Publicianam, nam iuramentum instar iudicati obtinet *l.2.de iureiur.l.56.de rei iudic.* & ipsum quoque pro veritate habetur. Casum alium proponit Cuiac.10.*observ 6.ex l.mandatum.57.D.mandati.& Zoanett. c.18.restitut.* sed eum tamen controversum, quia emendat lectionem vulgatam, & reponit, *non inutiliter acturum*: cuius lectionis etiam meminit *Anton.August.lib.1.emendat c.3.* & eam sanè suadet ipsa ratio, siquidem venalitiarium ex provincia reversum eum esse ponimus, qui in provinciam abiturus de vendendis servis mandatum dederat alteri, cuius hæredes errore iuris mandatum impleverant: hic enim contra emtores etiam post usucapionem, Publicianam competere debere, ostendit ratio *in fin. l.* addncta: quod non debeat, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem hæredum affici damno: adeoque verba *d.l.57.* quod Publiciana causa cognita detur, continent remotionem tacitæ obiectionis, & innuunt, quod Publiciana quibusdam casibus etiam contra dominum causa cognita porrigatur. Illud verò oppidò, quam ineptum est, quod *Robert.lib.2 rec.lect.c.16.* ita fingit speciem, quod venalitius, qui ibi ex provincia reversus dicitur, sit ille ipse qui emerit servos, & qui velit uti actione Publiciana, adversus eum qui mandatum dederat de vendendis servis, qui iterum aliquo casu eorum possessionem apprehenderat. Enim verò in dubio qui usucepit, directa actione utitur, proponuntur autem ibi servi usucapti & divinatorium est, quod mandans recuperaverit possessionem servorum: & utique qui mandavit eo tempore quo hæredes distraxerant servos, absens fuisse, & postea reversus præsumitur: ineptè autē prorsus ille, qui servos ab heredibus. Tertius denique casus Cuiac. est *ex l.si is cuius.31.ex quib.caus. maior,* qui mihi etiam probatur, ut videlicet ibi perpetuam actionem intelligamus Publicia-

bli cianam, quæ opponatur rescissoriæ, quæ temporalis & annalis est: ut plus iuris habeat, qui rem subtilitate quidem iuris amissam & usucaptam, sed ex edicto prætoris pro non usucapta habitam, sine vitio scilicet, & eius possessionem apprehendit & recuperavit: ut hoc modo, propter iustam causam, ex qua antea rem tenuit, adiuvante edicto prætoris, quod pollicetur restitutionem, incipiat esse iterum in conditione usucapiendi.

XXIV.

Denique hic videndum, annon in casu venditionis speciale quid habeat Publiciana.

Dubium facit *l. de pretio* 8. *de Public. act.* ubi dicitur nihil edixisse prætorem de soluto precio, eoque nec necessarium hoc videri. Hinc quidam existimant, nec necessum esse; ut pretium solutum, aut de eo fides habita sit. Alii negant locum esse posse Publicianæ, nisi alterutrum intercesserit, quoniam quæ sit transferendi dominii ratio ut competat directa vindicatio etiam sit ratio transferendi iuris usucapiendi, ut competat Publiciana: constat autem emtorem non fieri dominum etiam re tradita, nisi pretium solutum, aut de eo fides habita sit. Et Johan. Fab. *in* §. *sed ista. Institut. h. t.* diversas veterum refert opiniones, easque hoc modo conciliat, quod non necessum sit, ut utens Publiciana allegat pretium solutum esse, quod tamen, aut utique fidem habitam, excipiente possessore actor probare habeat necesse. Verum hoc modo non satis fit responso JCti *in d. l.* 8. quæ simpliciter negat hoc requisitum; unde etiam vulgò Dd. eliciunt propositionem illam: quod lex non dicit, nec nos dicere debere. Et fortè eum Publiciana, nec contra dominum, nec contra titulo possidentem detur sufficere prætor existimavit, simplicem ex iusta causa traditionem, ex qua etiam in dubio præsumatur fidem habitam de pretio fuisse: ut fortè nec audiatur possessor, qui quodammodo de iure tertii excipere velit. Et tamen non videatur hoc esse excipere jure tertii, cum ita iure constitutum sit, ut non soluto pretio nec fide habita de eo, totum ius vindicandi maneat penes venditorem, qui cùm ignoretur ferè an dominus sit, sufficiens ratio differentiæ deficit inter illos casus, ubi de rei vindicatione directa aut Publiciana tractatur. Possit quis existimare hanc esse sententiam *d. l.* 8. *de Publicia. act.* quod nec fidem de pretio habitam esse, sufficere, quidam putaverint, sed omninò requiri solutum esse: quod *in d. l.* 8. negetur. Verum hæc sententia minimè est probabilis, nec ulla ratio est, ut plus hic requiri dicamus ad fundandam Publicianam, eum præsertim, ut modo dictum, regulariter liquidò sciri non possit, an venditor fuerit dominus necne: & ideò in eam concedo sententiam, quod Publiciana satis fundetur, etiamsi pretium solutum, aut fidem habitam esse, neque allegatur neque probetur.

XXV.

Hæc de prima specie dominii ficti vel quasi. Altera species istius dominii est, quod verè iure civili amissum est, sed iure prætorio pro amisso non habetur.

Tractamus hanc rem ad propositum nostrum de actionibus in rem iuxta §. *rursus* 5. *Instit. h. t.* cæteroquin restitutio ex edicto de maioribus, variis casibus competit, qui omnes fortassis ad hoc nostrum propositum nequeant accommodari: *arg. l. si quis* 41. *& l.* 43. *& passim. t. t. D. ex quib. caus. maior.*

XXVI.

XXVI.

Ex hoc dominio ficto datur actio rescissoria, qua intendit actor, adversarium possessorem usu non cepisse, quod tamen re vera usucepit.

Traditur ista intentio *in d. § rursus. h. t.* & exinde ostenditur ex opposito diversitas inter hanc & priorem ficti dominii speciem; inter actionem rescissoriam & Publicianam, in qua actor intendit se usucepisse, quod nondum usucepit. Et exinde simul ostenditur, unicum tantum hic esse judicium utile, alterum autem rescindens commentum esse Dd. Etenim si actionem rescissorium præcederet aliud revera separatum judicium, quo usucapio rescinderetur, & ut loquuntur Dd. obstaculum removeretur, præsente ex ratione juris adversario, inepta & inutilis esset talis intentio actoris, qua negaret adversarium rem usucepisse: hoc adeò certum indicium est, nullam sententiam super movendo obstaculo præcessisse: sed etsi talis sententia præcederet, actio pristina daretur, non verò utilis rescissoria & annalis. Necessum adeò est prorsus falsum esse, quod Dd. communissimè tradunt, duplex hic judicium, rescindens & rescissorium, duplicem libellum, duplicem litis contestationem, & duplicem sententiam requiri, ut videre est *ex Petro de Bell Pert. §. rursus. Institut. h. t col. 6. in fin. Zas ib. n. 6. & 32. Jas. num 82. Gomez num. 8. d. §. rursus & ibid in fin. Sfort. Odd. de restit. quæst. 33. art. 1. Maurit. de restit. c. 4.* Neq; movet quod iidem Dd. communissimè horum duorum judiciorum cumulationem admittunt: quia constat hinc non impediri veram & realem distinctionem remediorum cumulatorum, siquidem cumulatio non necessaria, sed arbitraria est: quin non desunt: qui cumulationi isti contradicunt, & ex his Bald. referente *Jas. n. 86.* hac ratione, quod ex communi sententia nonnisi post rescissam usucapionem judicio rescindenti, rescissoria demum actio nascitur: quo posito nonnisi impropria cumulatio dici potest, & ut ita loquar successiva juxta formulam, quæ proponitur *à Jas. d. loc. & à Zas. ibid. n. 43.* ubi tamen nota quod errer Zas. dum ita formulam concipit, peto rescindi usucapionem, & ea rescissa adversarium compelli, ut me in pristinum statum reponat. Hoc enim posterius ineptum est, cum sit prætoris non adversarii, reponere in pristinum statum: quod non intellexit Hunn. *in resol. ad lib. 4. Instit. q* 20. ubi eadem verba descripsit. Imò verò ut post alios rectè *Joh. Fab n. 23. in fin.* ita dicendum est, peto rescissa usucapione me declarari dominum & rem mihi restitui: sc. juxta naturam actionum in rem. Not. ibid. Fab. non posse hoc judicium simul tractari & decidi: ex quo tantò magis apparet, non posse istam verè dici cumulationem, sed enim nihil prohibebit, prætorem cognita causa rescindere usucapionem, & simul statim eam jubere restitui, si utique ex communi errore diversitas aliqua judiciorum est admittenda. Apparet Dd. hac in re lapsos esse ignorantia veteris processus, secundum quem omnes actiones à prætore impetrandæ erant, & in singulis negotiis duplicis judicii species occurrebat: quoniam apud Prætorem causa primo introducebatur, & aliqua cognoscebatur, exceptiones proponebantur, & formula data partes mittebantur ad judicem, coram quo demum instituta tractatio, demum verum judicium erat. Ad eum modum in restitutione petenda res, quoque tractabatur, sed non prorsus tamen eâdem ratione ex omnibus restitutionum causis. Enim verò unitas judicii perspicua erat in restitutionibus, quæ concedebantur ex causa metus doli, alienationis, judicii mutandi, &c. ubi prætor simpliciter actionem quod metus cau-

sa, doli & in factum proposuerat. Neque aliter rem se habuisse existimo hoc nostro casu, quo contra usucapionem restitutio petebatur, ut sc. prætor aditus cognita causa actionem rescissoriam, & hoc ipso restitutionem in integrum concedere diceretur, citra ullum speciale decretum aut sententiam super rescindenda usucapione. In restitutione minorum videri possit aliquid esse singulare, quia prætor edicit, se uti quæque res est animadversurum. Sed ne hic tamen ea duplicitas judicii est, quam confingunt Dd. sed ita res agitur, ut prætor minorem, qui se læsum esse dicit, & eum, cum quo res gesta est, audiat, & cognita causa, vel rectà minorem nobili officio plenè restituat, ut nullo alio iudicio opus sit, vel si res fortassis alienata, eamque restitui plurimum minoris intersit, contra tertium quoque actionem concedat, iuxta *l. interdum* 13. *de minor.* nulla tamen ob id imposito decreto rescindente. Et hoc quoque odorati sunt veteres quidam Dd. qui referente *Ias. num.* 82. post gl. statuerunt, rectà competere actionem rescissoriam, sed in quam prius prætor inspiraret spiraculum vitæ, scil. quia nonnisi prius causa cognita à prætore locum ea habere potest. Neque enim aliter statuere potuerunt, qui priscam procedendi rationem ignorantes animadvertit Gomes. *in d. §. rursus num.* 8 ubi ait hodiè non requiri judicium rescindens licet olim necessaria fuerit imploratio officii prætoris: quæ sc. minimè facit separatum judicium, nec tamen sine eo actio rescissoria potuit habere locum, eoque pertinet quod ipse *Petr. de Bell. Pert. notat. col.* 8. rescindens judicium non exerceri jure actionis, sed nobili officio judicis. Nec quicquam habent Dd. quo errorem suum tueantur, præterquam quod *in d. § rursus Institut h. t. & in l. in honorariis* 35. *in fin princ. de O. & A.* hæc actio reddi dicitur *rescissa usucapione:* ex quo inferunt, cum duo ablativi absoluti faciant conditionem, oportere prius in specie rescindi usucapionem, ut rescissoriæ actioni locus fiat. Verum cum in his duobus textibus, & cæteris qui de hac re tractant, *l. ult. C. ex quibus caus. maior. l.* 3. *C. de restitut. milit. l ab hostibus* 18. *C de postlim. revers.* nulla prorsus judicii rescindentis, sed solius rescissoriæ actionis mentio fiat, non secus ac in edicto de dolo & metu tantum actio simplex proponitur, ut maximè prætor edicto suo profiteatur, se quod metu gestum est, ratum non habiturum; (ex quo judicium rescindens excudi potuisset) non decebat, captatis duobus verbulis contra veritatem & analogiam iuris, falsam opinionem introducere. Et observavit Gomez. *ad d. §. rursus in extrem.* non esse hunc sensum illorum verborum, quod petatur res alia actione, sed una eademque, quod sc. illa rescissio operetur, ut probato priori domino res adiudicetur. Et planè simplicissima responsio est, ita loqui dictos textus, quoniam actio rescissoria facit, ut perinde possessor rem restituere teneatur, ac si nulla intercessisset usucapio, quoniam prætor causa cognita hanc actionem concedens, usucapionem pro nulla & rescissa à iudice pedaneo vult haberi. Et ab hoc effectu actio ita appellatur, quia hoc prætextu datur, & ita res petitur, ac si possessor non usucepisset: minimè verò ideò, ut vitiosè existimant Dd. quod sequatur judicium rescindens: quin imò, ut initio monitum est, hoc sensu nomine isto rescissoriæ rectè appellari non posset. Hunn. hic ad *Tr. de restitut.* mutus est, ait alibi se eam rem tractasse: & reperio illud factum jejunissime *ad lib* 4. *Institut. q* 17. ubi hoc etiam unicum movet, quòd dicitur, *rescissa usucapione in l fin. C. ex quibus caus. maior.* actio rescissoria dari in integrum restitutis; quasi verò quisquam negaret, opus esse adire prætorem, & petere restitutionem in integrum: sed hanc scilicet dicitur concedere prætor, cum cognita causa sine ullo rescissorio decreto dat rescissoriam actionem: & hactenus etiam nemo

negat

negat restitutionem in integrum esse diversam ab actione rescissoria: ex quo ille inepte ad arguendam duplicitatem iudicii argumentatur.

XXVII.

Duobus autem casibus hanc speciem dominii ficti consideramus, & totidem actio rescissoria in hac materia competit: primo, cum qui præsens est, per alterius absentiam rem suam amisit; atq; ita cum absens rem præsentis usucepit.

Proponitur hic casus *in § rursus in princ. institut. h. t.* Non autem disputabimus hic de speciebus variis absentiæ, de quibus videndi sunt interpretes omnes *latè ad d. § rursus.* Illud inter omnes constat, quod quæcunque absentiæ pariat causam restitutionis in hoc casu, etiamsi iustissima sit: quoniam justitia absentiæ non debet alteri patrocinari cum mea iniuria: idque apparet *ex d. § 5. in princ.* ubi proponuntur duæ iustæ & necessariæ absentiæ causæ, si quis propter Rempubl. absens sit, aut in hostium potestate sit: quod posterius, ut ad rem nostram pertinere possit, termini habiles ponendi sunt, si videlicet servus vel filius eius, qui ab hostibus captus est, rem aliquam teneant ex causa peculiari, in qua usucapioni locus est. *l. iusto. 44. § ult. de usucap. l. ait. 23 § 3. ex quibus caus. maior.* cæteroquin capti ab hostibus, & possessio, & usucapio interrumpitur. *l si is qui. 15. in princ de usucap.* nec fictione quidem postliminii possessio redintegratur *l. denique 19. ex quibus caus. maiores.* Et ergo succurrit hic prætor præsenti, qui læsus est per absentiam alterius, contra quem non potuit instituere actionem: hæc enim unica & sola est restitutionis causa: itaque si vel absens reliquit procuratorem, vel alius fuit, qui absentem defenderet, restitutio locum non habet: per textus *in l. item ait. 21. & § 1. & seqq cum l. seq ex quibus caus. maior.* adeò ut iuxta hos textus amicos absentis interpellare, & si se defensuros negent, hoc ipsum testatione comprehendi oporteat. Utcunque enim contra absentem in defensum decernatur missio in possessionem, tamen ad secundum decretum non proceditur, neque quod *ex d. l. 21.* apertissimum est per missionem ex primo decreto, usucapio interrompitur. Unde inferre licet, cùm prætor nonnisi in casu necessario succurrat, contra usucapionem jure civili perfectam, quod ubicunque alia ratio est consulendi præsenti, & interrumpendi præscriptionem, à prætore actionem rescissoriam non concedi: quale remedium cum concessum sit novissima constitutione Justin. *in l. perfectius. 2. C. de annal. except.* dicendum videatur in hoc casu restitutionem cessare, quippe cum per remedium *l. 2.* hoc ipsum consequatur, quod consequitur beneficio prætoris, ut videlicet usucapio pro rescissa habeatur, & res restituatur: remedium autem *d l. 2.* actionem directam in suo statu conservat, ex quo nulla est responsio *Iaso in § rursus Instit. h. t. num. 21.* quod non possit perfectè succurri præsenti per interpellationem usucapionis, ut sc. ipsi res restituatur: quoniam utique multò minus ipsi succurritur, immò nocetur, si neglecto remedio *d l. 2.* usucapionem compleri patiatur: & satis est hactenus ipsi succurri, ut interrupta usucapione salva maneat actio directa, nec postea necessum sit, usucapionem perfectam rescindi. & Gomez licet cum Jason. sentiat & Dd. communiter, verissimè tamen notat *num. 12.* contra Jaso. quod hæc actio rescissoria non habeat hunc principalem finem, ut quis suum consequatur, satis enim quoad hæc efficax est directa actio, ex hypothesi non completæ usucapionis, quam impedimus

dimus & interrumpimus per d l.2.C. de annal. except. Sed ut rescinderetur usucapio: quæ principalis intentio prætoris cum fuerit, hoc autem hodiè lege civili consequatur, non videtur remedio prætorio amplius locus supereſſe. Fruſtra etiam eſt Gomez. *d loc.* dummodo *d l.2.* refert ad perſonam vagabundam & latitantem, modo concurſum utriuſque remedii admittit.modo principium petit, tum demum deficere prætorium remedium contendens,ubi præſens non eſt uſus remediis, quæ *in d.l. 21 & 22.ex quib cauſ maior.* proponuntur. Alium ſcrupulum hic movent Dd. *& latè Gomez. in d § ſed iſta num.14. Iaſ.ibid. n.24.* quod non valenti agere non currat præſcriptio, *vulgata l.1 in fin pr.C.de annal.except.* Reſponſio vulgata eſt, quod *d l. 1.* loquatur de impedimento iuris, hic autem fit impedimentum facti: ſed bene Gomez.d. loc.plenius diſtinguit, quod ſi tale impedimentum ſit, quod inhabilitet perſonam ad agendum, velut filium, dum eſt in poteſtate, mulierem dum conſtat matrimonium, nec cœpta quidem tum currat præſcriptio: cæteroquin alia impedimenta extrinſecus etiam à iure obvenientia, præſcriptionem quidem incipere impediant, ſed ritè cœptam non inhibeant.

XXVIII.

Secundo, competit hæc actio, cum qui abſens eſt, rem ſuam uſucapiente altero, qui præſens domi erat, iure civili amiſit.

Abſentem hic intelligimus non ex omni cauſſa, ſed tantum ex iuſta & neceſſaria, cæteroquin prætor non ſuccurrit, *l.item hi, 4. cum ſeqq l. reipubl.36.l.non verò. 42 ex quib cauſ maior.* veluti ſi quis abſit Reip cauſa.& quidem Romanæ:licet ex clauſula generali. *l.1.in fin ex quib.cauſ maior.* ſuccurratur & illis,qui pro ſcivitate ſua legatione functi ſunt. *l ſed etſi 26.§ .ult.ex quib.cauſ.maior.* an autem privilegium civitati conceſſum vel potius Reipubl. etiam porrigatur ad municipia vel caſtra, vide remiſſivè *Iaſ.in § rurſus.Inſtit.h t.num.31 & latè Gomez. ibid.num.17.* Quin & amplius ſicèt abſens habuerit procuratorem ei ſuccurri,traditur *in d.l 26.§.ult* cui tamen obſtat *l.u qui 39 eod.* Plures ſolutiones affert gl. *in d.l 39.* ex quibus *Cuiacius 9.obſerv.24.* illam probat qui ſpeciale eſſe dicit in legato civitatis ſuæ. Sed rectè Bald. notat non eſſe rationis ut plus tribuatur huic,quàm v.c.militi aut alii,qui Reipubl. Romanæ cauſa abeſt: cum præſertim illi non ex edicti verbis,ſed tantum ex clauſula generali ſuccurratur. Vt autem quæ communius ex cæteris à gl relatis,recepta conciliatio eſt *d.l.39.* de præſente contra abſentem,qui procuratorem reliquit,reſtitui volente,accipiamus, (quod ſequitur Hunn.ad Tr.p.1 *diſp.11.th pen.11.*ubi hoc acceptum refert Weſembecio,qui alios autores & gl. non videat) nec verba textus patiuntur, & nulla hic eſſet ratio dubitandi: neque movet quod ibi mentio ſit defenſionis, quippe ſub qua aliquando actionem contineri conſtat,velut *in l.1.C. quib. res iud.non noc.* Neq; obſcura ratio eſt *d.l.39.*quod qui procuratorem reliquit,uſus eſt iure communi. Neq; videtur hic diſtingui poſſe inter procuratorem generalem & ſpecialem:qua divinare non poſſit, an res mandantis penes alium fuerit,nec ne:ſed ut ratio dubitandi ſit intelligendus eſt procurator ſpecialis datus ad rem petendam:quod & confirmat collatio, *l ult. de reſtit.in integr.*ubi reſtitutio abſenti reverſo datur, ut appellare poſſit,quod procurator facere omiſerat.Et facit ratio iuris,ut abſens agat contra procuratorem *arg.l.10. C.de procurat.*niſi fortaſſis aliquid ſit,quo excuſari poſſit procurator: vel eius inopia

inuti-

inutilem factum sit actionem mandantis: cui si nihil imputari possit, restitutio concedenda sit: quod fortassis non absurdè referri possit *d. l. 26. §. ult. ex quib. caus. maior.* ut ex arbitrio prætoris, qui hic ex clausula generali succurrit, pendere dicamus, an restitutio concedi debeat, necne.

XXIX.

Tempus actioni rescissoriæ præstitutum, olim annus utilis fuit, hodie est quadriennium continuum.

Utilis in hac materia anni passim mentio est *sub tit. ex quib. caus. maior.* & in specie *in l. in honorariis 35. de O. & A.* ubi ratio differentiæ redditur inter Publicianam & hanc actionem, quæ sc. contra eum datur, qui dominus effectus est per usucapionem, & ita quodammodo jus civile oppugnat. Quadriennium subrogatum est *in l. ult. C. d. tempor. restit.* quæ extra terminos suos videlicet restitutionem minorum & maiorum, de quibus disertè loquitur, ad alias restitutionum causas, veluti doli metus, alienationis iudicii mutandi, &c. minimè est porrigenda: nam & perabsurdum sit existimare, actionis utilis usum in universum per illam constitutionem esse sublatam illis verbis, quibus à republ. ait, se velle remotum annum utilem. Et hoc rectè descendit Tr. *p. 1. disput. 11. th. 3.* sed pravè abit ibi Hunn. suavi argumento: quia maiores etiam restituantur ex capite doli vel metus: Atqui hæ restitutiones non propriæ maioribus, sed etiam minoribus communes sunt: ideoque ineptus fuisset Justin. si has quoque restitutiones comprehendere volens, fecisset in specie mentionem restitutionis maiorum: hoc autem ibi fecit. Et adeò quàm absurdum est cum textum trahere extra terminos suos: cum expressim Justin. constitutionem Constantini, quo actionem doli facit biennalem, retulerit *in l. ult. C. de dolo malo.* Cæterum Dd. erroris sui de duplici judicio memores, d. l. ult. referunt & restringunt ad remedium rescindens: actionem autem rescissoriam, hodieque anno utili finiri contendunt *Ias. in d. §. rursus num. 67.* ubi hanc tanquam communem Dd. opinionem refert, quam illi scil. *in d. l. 35. de O. & A.* tuentur. Verum hoc ipsum ad duplicitatem illam commenticiam refutandam facere videtur: siquidem nunquam ostendere poterunt Dd. duplici illi judicio, duplex tempus fuisse præstitutum, eoque nec ostendere poterunt, in cuius locum quadriennium illud continuum fuerit subrogatum, ut maximè utrique judicio annum utilem præfixum dicant: nec ratio differentiæ reddi poterit, propter quam potius annus rescindentis, quam rescissorii fuerit mutatus: quin potius Just. si conferatur *§. rursus, Instit. de act.* & alii textus, qui de rescissoria actione tractantes mentionem utilis anni faciunt, hunc utilem annum per subrogationem suam mutatum voluisse intelligendus est: & utique Justin. *in d. l. ult.* annum utilem in hac materia abrogat, & à Republ. separatum esse velle profitetur: ut adeò ille locus vel solus ad ostendendam uniformitatem temporis, & unitatem judiciorum sufficere videatur. Prorsus nihil ista sententia levius est aut falsius, cui tamen more suo adhæsit *Hunn. ad Tr. p. 1. disput. 11. thes. pen.* ubi ridiculè adducit textus juris veteris, & præsupponit eadem subtilitate, quod *Inst. in l. ult. C. de temp. gest.* agat de remedio rescindente: nec minus suaviter, alios textus, qui simpliciter faciunt mentionem actionis utilis accepit de actione rescissoria. Atquin si iudicio usus fuisset, advertere debuisset, hinc vanitatem opinionis de duplicitate iudicii refutari: neque enim verisimile est, siquidem, ut Hunn. ait, rescissoria actio à judicio rescindente diversissima est, quod JCti & Impp. ita confusim rem istam tractaturi fuissent.

issent. Peius adhuc Donell. *in § rursus num 7. & 8.* existimans, tempus istud præstitutum esse non actioni, sed restitutioni petendæ, qua impetrata actionem inde esse perpetuam. Et adeo 1. præsupponit duplicitatem judicii, quam paulò antè refutavimus. 2. etiam ea admissa utique actio in rem, quomodo hanc rationem ipse Donell. considerat non possit esse perpetua, quæ etsi nunquam absuisset, anno vel biennio, & hodiè 10. vel 20. annis, expirasset. Et ad summum hoc dici possit, rescissa usucapione, actionem pristinam resuscitari, & tanto tempore durare, quo aliàs extra casum absentiæ duratura fuisset. Sed & hoc falsum est, neque actio prior restituitur, sed nova utilis conceditur, quam anno utili tantum vivere, textus omnes hac de re loquentes ostendunt, & Dd. communissimè probant. Quinimo nec semper annua actio, & remedium hoc est, sed sæpè minori tempore durat: ut ecce si usucapioni contra præsentem continuatæ, desit v. c. dimidius annus, mensis aut septimana, & inde absens quis esse cœperit, & usucapionem impleverit, contra reversum, nonnisi dimidij anni mensis aut septimanæ restitutio dabitur, id est, intra illud tempus pro concedenda actione rescissoria officium prætoris implorandum erit, adeò quidem, ut usque ad unum diem, qui implendæ usucapionis defuit, hoc observetur *d. l. etsi. 26. §. quotiens 8. ex quibus caus. maior.* Quod si verò absente reverso, nec dum sit completa usucapio, sed eo præsente compleatur, tantum abest, ut tunc annus detur integer, ut etiam si modo congruum aliquod tempus superfuerit, intra quod actio directa moveretur, prorsus negetur restitutio *l. ab hostibus, 15 §. 3. ex quibus caus. maior.* quæ brevissima & simplicissima est decisio controversiæ olim inter Bulgarum & Martinum agitatæ, de qua Jason. *in § rursus. num. 69. Petr. de Bell. Pert. col. 5. Sfortia Odd. p. 1. quæst. 9 art. 4. Mudæus in l. ult. C. de tempor. in integr. restitut.* quæ ita de anno utili tractara ad quadriennium continuum sunt accommodanda: in quod quadriennium mutatus est annus utilis, salva qualitate illa, ut & illud currere demum incipiat à tempore, ex quo olim utilis annus incipiebat *l. ult. C. de tempor. in integr. restitut.* & nimirum minoribus à tempore impleri 25. anni, maioribus autem à tempore sublati impedimenti *per d. l. ult.* eoque intuitu rectè olim tempus utile dictum fuit, siquidem non currebat statim à die læsionis, & impletæ usucapionis per absentem, sed ut dix. sublati impedimenti, ex quo scilic. de ea re experiundi potestas esset *l. 1. in fin. ex quibus caus. maior.* quod etiam eo pertinet, ut dies festi, qui tempore reditus fortè fuerunt, anno utili non imputentur. Manifestius autem error Dd. est, qui tempus illud demum currere volunt ex die scientiæ, ex quo quis scivit rem suam ab alio possideri & usucapi; ita enim communissimè Dd sentire testantur *Geil. 2. observ 84. in cap. malæ fidei. pa. 3. cap. 3. num. 3. Sfort. Odd. quæst. 20. art. 4.* adeò ut etiam in terminis probabilis ignorantiæ, nec centum annorum spatio ius petendi restitutionem excludi putent *Boer. decis. 59 num. 4.* Quæ sententia sicut & illa, quod ex sola ignorantiæ causa restitutio detur, quam refutavimus ad Tr. *part. 1. disput. 11. thes. 17. lit. a.* certæ rationi iuris repugnat, usucapionum ius evertit, & vel hinc absurda est, quod ita melior fiat conditio alterius propter absentiam possidentis: quoniam ex vera ratione iuris contra præsentem, & à præsente usucapio utique cum effectu impleta fuisset. Porro circa tempus hoc non dubito, olim ita obtinuisse, ut intra annum vel spatium illud, intra quod iuxta prædicta restitutio petenda erat, ita competierit, ut etiam extremo die rectè actio rescissoria peteretur: idque ad instar cæterarum omnium actionum *l. in omnibus 6. de O. & A.* petita autem actio litis contestatione perpetuaretur, siquidem in tempore, quo actiones vivunt non finiendæ, sed in judicium introducendæ sunt. Sed

Secu-

scrupulum hoc movet non tam *Clement. un. de restitut. in integr.* quoniam Pontifices saepius errores communes Dd. sunt sequuti: quam potius *l. ult. C. de tempor. in integr. restitut.* ubi Iustin. intra quadriennium vult interponi constitutionem, & finiri litem: & quo minus admittatur explicatio, quam proposui ad Tr. *p. 1. disput. 11. thes. 3. liter. a.* facit *l. 1. in C. eod. tit.* ubi iam olim Constantinus negat dilationem actori dandam, quae non potest intra spatium definitum coarctari: cum qua si conferatur *l. 2. C. Theod. de in integr. restit.* quae eiusdem Constantini est, apertius fit, intra tempus certum ibi praefinitum causas restitutionis finiendas esse: quod etiam confirmat *l. 5 C. de temporibus restitut.* quae ex *d. l. 2.* est desumta. Quae quidem videntur evertere rationem iuris, (quae actionem aut remedium, postremo etiam die temporis praefiniti institui permittit:) & efficere, ut ne videri possit quadriennium introductum in locum anni utilis: siquidem dubium non est, quin totus annus actioni rescissoriae intentatae fuerit relictus: & cum aliquando tantum mensis, Septimana vel dies etiam restitueretur, fieri non potuit, ut illo spatio negotium & causa terminaretur. Neque solves nodum, si quadriennium, de quo in dd. textibus tempus instantiae esse dixeris: quoniam ita duplex esset constituendum quadriennium, unum intra quod restitutio petatur, & alterum intra quod finiatur: neque enim dubium est, quin tempus instantiae, quod est *in l properandum. 13. C. de iudic.* diversum sit à tempore actionis: caeteroquin nihil movet, quod ibi de triennio dicitur, quoniam ea constitutio posterior est, & Iustin. simul in quadriennio ipsum tempus introducendae actionis includit. Vt autem duplex quadriennium statuamus, vel quadriennium & triennium, nec sententia Iustin. nec verba eius, aut etiam Constantini patiuntur. Equidem allegatur *in l. pen. C. de tempor. restitut.* culpa actoris, & quod non maturius restitutionem petierit: sed istud particulare est: siquidem si vel postremo die rescivit rem suam ab alio possideri rectè eam vindicat: quod etiam accidere potest ei, qui cum absens Reipubl. causa esset, reversus demum intellexit, rem suam usucapi ab alio, cum annus prope finem esset, sed & quamdiu tempora actionis durent praetextu negligentiae alicuius creditor removeri non potest, nisi quis dixerit speciale esse in restitutionibus, quae datur contra ius commune: velut idem Imperator Constantinus actionem doli famosam biennio quoque fin endam conclusit *l. ult. C. de dol. mal.* existimans fortassis sufficere annum adiectum: nam & ita *in d. l. 2. C. Theodos. de in integr. restit.* vetera tempora ampliavit, & ab anno 25. usque ad extremum diem anni 30. produxit, adeoque non immeritò satis hoc temporis existimavit, quo restitutionis negotium etiam finiretur. Et loquitur *d. l. 2. & l 5. C. de tempor. restitut.* de restitutione minorum, quibus sane potestatem legitimam impletam, si non maturè restitutionem petant, negligentia imputari potest, quippe ex contractibus suis laesos sese asserentibus. Id verò ad maiores an rectè porrigatur, fortassis non immeritò dubitari possit, cessante quippe in terminis paulò ante propositis ipsorum negligentia. Eaque fortassis ratio potuit movisse Dd. ut quadriennium demum à tempore scientiae currere existimarent. Planè nisi arbitrio iudicis locum hic facias, vix ab iniuria defendere possis sententiam illam, ut in casu laesi absentis necessariò, & semper causa restitutionis intra quadriennium, à tempore remoti impedimenti & reditus computandum, finiatur. Illud planè consequens est novae illi constitutioni, ut necessariò semper totum quadriennium sit praefiniendum restitutioni, nec adeò amplius obtineat ius vetus, quippe quo aliquando septimana aut dies etiam dabatur laeso, quia tantum ad restitutionem petendam, non etiam finiendam tempus hoc statutum erat. Hinc autem apparet, quam falsum sit, quod

com-

communius Dd statuunt, & pravo iudicio sequitur Hon. ad Tr. *part.1.diss.1. thes. pen.* rescindens quidem iudicium intra quadriennium finiendum, rescissoriam autem actionem litis contestatione perpetuari Joh Fab. *in §. rursus n.17. & alii citati à Sfort. Odd. q.21. art.5. Gabriel. Mudae in l ult. C. de temp. restit.*

Ex his etiam iudicium ferri potest, de distinctione temporum, quam in hac materia Dd. faciunt passim, & prae caeteris *Angel. in § rursus h. tit num.6.* & videntur ea revocari posse ad tria; tempus, ad quod fit restitutio, intra quod petitur restitutio, & intra quod finitur. Prius uniforme quidem in genere est, quantum abstulit absentia, sed non in specie, quia aliquando minus anno est: sed re vera illud ipsum tempus est, intra quod restitutio petitur: quoniam cum dicimus tantum temporis restitui, quando quis laesus fuit, hoc ipsum dicimus, intra illud tempus restitutionem esse petendam. De quo an quid hodiè novarum, & de caeteris, ex praemissis iudicium fieri potest. An autem non opponente adversario post quadriennium petitio restitutionis fieri possit, & quid iuris, si post quadriennium sententia feratur, vide Joh. Fabr. *in §. rursus. num.15. Bart. Castrens. & caeteros omnes in l. pen. & ult. C. de tempor restitut. Sfort. Odd p.1. de restitut. quaest.19. art 5. §.12. Francisc. Caldas in repetit. l.3. C. de in integr. restit. in verbis, infra tempora.* Illud postremo annoto, quod quadriennium illud suum Justin. hauserit *ex l.2. C. Theodos. de integr. restit.* quod ipse fecit uniforme in omnibus locis, cum iuxta *d. l.2.* alia tempora Romae, & usque ad centesimum lapidem, alia in reliqua Italia, alia in provinciis observarentur, quae differentia locorum *in d. l. ult.* abrogatur.

XXX.

Colophonis loco ad tractationem huius actionis, & pro supplemento aliquo haec subnotare visum fuit.

1. Ut supra leviter attigi, tractari de hac actione, quatenus in rem est, competens pro recuperanda re, cuius dominium ipso iure amisimus: caeteroquin latius haec actio in materia restitutionum patet: eoq; pertinet, quod Dd, *in §. rursus Petrus de Bell. Pert col.8. Ias. num.13 & caeteri*, hic actionem aliam faciunt restitutoriam, aliam institutoriam, ubi videlicet alicui actio, quae nunquam competiit à praetore detur, ut in specie *l. si quis 41. & 43. ex quibus caus. maior.* Quin etiam restitui actionem personalem, & ita rescissoriam actionem esse in personam, notat Accurs. *ex l. ab hostibus. 18. C. de postlim. revers. 15.* ibi, *per liberationem*: veluti si per absentiam actio temporalis fuerit amissa. Unde noto 2. verius esse, quod tradit *Petrus d. col.8. & Fab. n. 11.* quod haec actio non sit actio propria, sed magis actionis alterius qualitas & adiectio: quippe quae diversis causis accommodetur, & modò in rem, modò in personam sit: neque captanda sunt verba Just. *in fin. d. §. rursus.* ubi appellat genus actionis: quod etiam Petr. d. loc. de modo agendi, explicari posse existimat. Hinc porrò noto & 3. quod actio haec ratione qualitatis suae videatur dativa, sed re ipsa magis sit nativa, quoniam praetor hanc actionem concedens, v. c. usucapionem completam, pro nulla aut certè pro inefficaci habet. Unde post alios notat Jas. n.8. quod si praescripta sit res immobilis non sit opus hac actione, quoniam praescriptio exceptionem tantum tribuens possessori, non consumserit aut extinxerit actionem directam priorem. Sed constat vulgatum istum esse errorem, quod immobilia non possint usucapi, nisi haec sententia ad praedia provincialia restringatur: & hoc quidem ex ratione iuris veteris, nam hodiè post transformatam usucapionem, eiusque & praescriptionis confusa iura,

& sub-

& ſublatam diſtinctionem prædiorum provincialium, & Italici ſoli, procul duo immobilium quoque ubivis locorum talis eſt præſcriptio, quæ dominium tribuit directum. Attamen etiam ſi ad rationem juris veteris diſputemus, quo præſcriptio tum utilem pariebat actionem, tum ex ceptionem, quæ actionem directam inefficacem faciebat, neceſſaria fuit actio reſciſſoria, per quam & actionis & exceptionis vis enervaretur.

XXXI.

Diximus huc uſq; de dominio, & quæ ex eo naſcuntur actionibus, qua civilibus, qua prætoriis, Sequitur ut videamus de altero iure reali, quod eſt, pignoris, & quæ inde deſcendant actiones, earumque naturam explicemus.

Conſtat pignoris verbum variè uſurpari; & 1. ſignificat contractum, qua ex eo perſonalis actio pignoratitia, directa & contraria naſcitur. *§. ult Inſtitut. quib. mod. re contr. oblig.* & leviſſimæ ſunt objectiones, quas ſuper hoc an pignus ita acceptum ſit contractus, movet *Hunn. ad Tr. p. 2. diſput. 1. q. 1.* Nec minus conſtat, eum contractum eſſe realem, & traditione perfici. Cui itidem Hunn. jejuniſſime objicit, tum *l. 1. de pignor. act.* (in qua conſtat etiam pueris, pignoris verbum latius ſumi) tum quod in rebus immobilibus dicatur conſiſtere pignus, cum tamen hæ non videantur poſſe tradi. Ipſe quidem negat in rebus his propriè conſiſtere pignus, eoque in contractum pignoris propriè ſumtum eas venire negat, ſed iſto nihil poteſt dici falſius. Nam ut demus, eas non poſſe propriè tradi, nihil tamen iterum falſius eſt, quàm quod ad pignoris contractum conſtituendum opus ſit vera traditione, quia traditum eſt paſſim, dominium traditione transferri: & nemo hactenus, usque adeo non ſuæ mentis, repertus fuit, qui immobilia tradi poſſe negaverit: traditio autem res conſtituit pignus *l. 9. §. 3. de pign. act. & §. Item Serviana. 7. inf. h. t.* ubi verbum *maximè* arguit, magis propriè res mobiles tradi, cæterum aperte probat, etiam in rebus immobilibus verum eſſe pignus: ut prorſus neſciam, qua fronte Hunnius eo textu in contrarium utatur. Et vaniſſimum argumentum eſt, quod petitur *ex l. plebs. 238. vers. pignus de V. S.* vel quia ea mera alluſio, non notatio, eſt: vel quia utcunque ita proprietas verbi ſe habeat, ut pignus tantum ſit in re mobili, tamen certiſſimum eſt in uſu iuris verbum pignoris in ſpecie ita uſurpari, ut rem quamcunque creditori traditam ſignificat, ſicut & quoad effectum actionis pignoratitiæ perſonalis, & omnia quæ contractum pignoris realem conſtituunt, nulla differentiæ ratio inter rem mobilem & immobilem reddi poteſt. Quin & ſi illam etymologiam *d. l. 238.* præcisè urgere velis, nec equus aut ſervus, nec aliæ res mobiles paulò gravioris molis pignori dari poſſent, quia pugno non traduntur. Sed piget in re manifeſta plura perdere verba: illud ſaltem addo, quod gl. quæ *l. 1. de pignor. act.* explicat de obligatione pignoris, nec ridicula ſit nec abſurda, ut paulò arrogantius, quam ipſum decebat, Hunnius ait: quoniam pignus in genere ſumtum, quo ſenſu, quavis conventione conſtituitur, opponit pignori in ſpecie, quod conſtituitur traditione, minimè autem negat, hoc quoque modo obligationem pignoris contrahi. Et res ipſa ſatis eſt perſpicua, & manifeſtò ineptæ opiniones quorundam, relatæ *à Metzio d. pignor. c. 1.* quas etiam facilè dupondius refutaverit, in quibus tamen

non est, quin sit actio in rem *l. pignor 17. de pignoribus. l. 1.* Et tamen hic scrupulum movet, quod pignus dicitur esse ex conventione *l. 1. de pignor. act. & in l. 17. §. 2. de pact.* dicitur iure honorario ex pacto nasci actio: ex quo quidem vulgò traditur, pactum hypothecæ iure prætorio ad actionem esse confirmatum quod etiam suprà *d. loc. quæst. 2. Hunn.* tradit, sed scrupulum hunc nec vidit nec removit. quod ex conventionibus ius reale agendi contra tertium, non acquiratur. Video glossatores hic annotantes, pignus non esse magni præiudicii, eoq; facilius in rem actionem dari: item quoniam ex contractu principali nascitur actio personalis, frustraneum fore pignus, nisi patiatur actionem in rem. Sed quivis vel leviter eruditus, intelligit his rationibus nihil concludi: aliàs etiam ex stipulatione, quæ contractibus aliis accedit, possit quis dare actionē in rem: & qualitas præiudicii non potest variare speciem actionis. Existimo simpliciter dicendum, quod JCtus *in d. l. 17. §. 2.* paulo pinguius loquatur: & conventione quidē pignoris obligationem contrahi, sed ex edicto prætoris rem ita affici, ut quivis possessor teneatur actione hypothecaria, quæ non ex conventione proprie loquendo, sed ex edicto prætoris detur, eoq; potius dativa sit quam nativa (c) Jure veteri omisso etiam debitore actionem hypothecariam exerceri potuisse constat *l. persecutione 24 C. de pign.* sed mutavit Justin. *auth. hoc si debitor. C. d t. Nov. 4. c. 2.* ut prius actio personalis, & contra debitorem, & contra fideiussores, si qui sint, moveatur. Cui nec obstet. *Novell. 112. c. 1. vers. ab hac autem* textus iste communius à Dd. referente *Salic. in d. auth. hoc si debitor.* refertur ad casum litigiosi, ubi iam ex actione hypothecaria creditor litem est contestatus. Planè *in d. Nov. 4. c. 2.* intelligendus est Justin. loqui de hypotheca: nam ubi creditor possessionem rei sibi ex causa pignoris ab initio traditæ, amisit, recta & statim eum hypothecaria uti posse, manifesta ratio suadet & nota *ex Alex. & Raph. Negusantius de pign. p. 1. princ n. 7.* ut miret à Jalone tanquam speciale tradi *in §. Item Serv. Inst. h. t n. 7.* in pignore prætorio, quod per missionem in possessionem constituitur: quod amissa possessione creditores statim & protinus contra tertios possessores actione hypothecariâ experiri possunt,

XXXIII.

Nascitur hæc actio ex hypotheca sive generali, sive speciali.

Generalis hypotheca duplex est: vel rerum earum tantum, quæ fuerunt debitoris tempore contractæ obligationis, vel simul etiam rerum futurarum: quam hypothecam olim sub hac forma contractam fuisse, *bona quæ quis haberet, quæque postea acquisiturus esset*, docet *l. & quæ. 15. §. 1. de pignor.* sed Justin. sub obligatione simplici rerum suarum etiam vult venire futura *l. ult. C. quæ res pignori*, ita quidem ut more suo, quo colorem haberet constitutio, obtenderet voluntatem contrahentium: quod non advertit Hunnius ad Treutl. *de pignor th 1. quæst. 10.* male hoc nomine reprehendens *Hottom. ad d. l. fin.* etenim aliàs rerum suarum appellatione futura non venire, docet *l. si ita 7. l. quintus 27. §. 2 l. scribit. 24. in pr. de aur. & argent. legat.* & ipsa ratio suadet, quamvis alii speciale esse putent in legatis vel donationibus: de quæ videndi sunt Dd. *in d. l. ult.* Planè simile non est, quod affertur *ex l. 3. §. 1. pro socio*, quoniam JCtus ibi ex hypothesi voluntatis contrahentium, quærit an etiam communicetur hæreditas & legatum, quod aliàs tantum actum videri poterat de iis, quæ veniunt ex quæstu: sed & cum societas negotiationis & lucri causa contrahatur, necessum est, futura quoque bona contineri multò minus simile est, quod de servitute

luminum affertur *ex l.23.de servitut.urban.prædiorum.* Hunnius hic nihil agit *dict. quæst* 10. nisi ut textus ipsos & opiniones diversas extensè describat, & ipse scilicet tanquam arbiter honorarius sententiam & calculum pro Donello ponat, quasi verò aliquid intersit, quid Hunnius probet. Et iniuriam ibi facit Jasoni, quasi hic *in l. stipulatio hoc modo.65 in fin.d.V.O.* quem locum procul dubio non inspexit, simpliciter negaret, nomina esse in bonis: quoniam loquitur 1. in terminis donationis bonorum, quæ ex sententia communissima strictè accipitur, ut supersit aliquid donatori, de quo testari possit. 2. in terminis donatorum bonorum mobilium & immobilium, sub qua donatione negat contineri nomina debitorum. Quamvis enim existimari possit eum, qui expressit mobilia & immobilia, omnia significare voluisse, quæ habet, & hoc etiam in materia hypothecæ rectè admittatur, ut notavimus ad Ti. *de pignor.th.2.* tamen rectè aliud statuitur, at de eiusmodi donatione tractatur, ut videlicet verba hic propriè accipiantur, actiones autem & nomina propriè nec mobilia nec immobilia sunt: quod etiam communiter receptum ibid. ostendit *Ias. & latè confirmat. Pinell. ad rubric C. de bon. matern p.1.num.24.* Sed contra prorsus subtiliter disputat. *Hunn quæst.13.* hoc egregio argumento: quicquid moveri non potest est immobile: atqui res immobiles moveri non possunt. Sed dico propositionem majorem, si addatur verbum *propriè* prorsus esse falsam, ut aut eod. argumento Deum immobilem, & lapidem cæcum rectè appellari concludam: nec advertit bonus ille vir, quod motus sit affectio corporis naturalis, ut proinde quod corpus non est, de eo nec motus nec privatio eius propriè prædicari possit: ut hinc appareat, quam vanus ille homo sit, cum sententiam suam longè verissimam, & maximè consentaneam appellat: ubi etiam ineptè respondet *ad l.15.§.2.de re iud. l.7.§.4.de pecul.* quod ibi nomina non rebus immobilibus, sed rebus soli opponantur, quoniam hæc JCtis nostris sunt synonyma: & itidem inepta responsio est *ad l 2. C. de quadrienn. præscript.* in qua perspicuum est, quod res in actionibus constitutæ aliis rebus opponantur. Cæteroquin Interpretes nostri aliquando ab obiecto modò pro mobilibus modò pro immobilibus habere soleant, non quod re vera tales sint, sed quod pro subiecta materia earum rerum iure censeantur. Porrò cum hypotheca generali omnes res comprehendat, etiam res & merces venales sub iis existimari possint contineri, *arg l quoties. 34.§.ult.de usufruct.* quod utique merces venales sunt in bonis & substantia testatoris: item *arg.l.generali 32.§.uxori, de usufruct.leg.* à contrario sensu, quoniam negantur merces comprehendi, quia testator tantum legaverat usumfructum eorum, quæ in domo erant: sed expressius facit *l.cum tabernam.34.in pr. de pignor.* ex qua docetur utilem esse obligationem tabernæ, in qua sunt merces venales. Simplex huius rei explicatio est *ex Menoch.d.Salv.interdict.num.127.* quod hypotheca non ita afficiat res singulas in specie, & ab initio, ut distrahi non possint sine onere, quod ita impediretur negotiatio debitoris, sed quasi in genere, dum alia in aliorum locum subrogantur, ita ut effectu illæ pignore teneantur, quæ eo tempore, quo iustum instituitur hypothecaria, penes debitorem reperiuntur, & postea alienatæ ab eo fuerunt. Atque hoc in terminis mercatoris: cæteroquin si quis non mercator eo tempore, quo omnia bona sua obligat, res aliquas venales habuerit, & venditioni destinatas, facilè admittam, eas hypotheca generali non comprehendi: ex quibus iudicium fieri potest, de prolixa satis disputatione super hac re, quæ est apud Jasón. *in §.item Serviana. Inst. h.t.num.48.& seqq.* Hunnius hic committit errorem quadruplicem. 1. quod simpliciter negat, & nullo modò rem explicat. 2. quòd *ad l.34.§.ult.de usufr.* respondet, falso præ

so præsupponi, quod res venales sint in substantia testatoris vel debitoris; quod quidem plus quàm ridiculum est, cum etiam res venditæ ante traditionem sint adhuc in dominio venditoris, & quando magis res venales tantum, quæ utique non sunt in dominio alterius, & sine omni dubitatione, cum reliqua substantia defuncti transeunt in hæredem 3. quod respondet *ad l. generali, de usufruct. legat.* non procedere argumentum à contrario sensu contra textus expressos in iure quales quidem inepte Hun. esse putat *in l. suos autem 73. § pen. de legat. 3. & in l. pediculis. 32. §. idem 4. de aur. & arg. leg.* neque advertit sæpe in legatis verba strictius, & utique ex mente testatoris explicari, ne hæres nimium gravetur *arg. § non solum 4. vers. quod autem Inst. de leg. & in d. l. 73.* negantur appellatione servorum suorum venire venales, non eo, quod non sint testatoris aut extra eius substantiam, quod ridiculum esset dicere, sed quia præsumitur testator intellexisse servos quod in ministeriis & operibus suis habebat 4. error quod respondet *ad l. 34. de pignor.* merces ibi in specie obligatas: etenim hoc partim falsum est, quia taberna generaliter fuit obligata, partim *ad d. l. 34.* ineptum est, siquidem negat JCtus singulas res pignoris obligatione affici, & ius distrahendi merces impediri, sed eas demum teneri ait, quæ tempore mortis in taberna fuerunt: merces autem aliquæ in specie obligatæ, non possent distrahi.

Nondum possum finire, ita me tenent subtilitates Hunnianæ. Quærit amplius, an generali hypotheca contineatur fundus emphyteuticus: tractat hoc *quæst. 15.* & paulò post *quæst. 18* an fundus emphyteuticus in specie possit obligari, & eadē prorsus utrobique ex Negusant. tantum ut chartas impleret & maius volumen Typographo obtruderet, exscripsit Opponit autem inter se textus *in l. lex vectigali 31. de pignor. iuncto §. adeò. Inst. locati & l. 3. de iur. emphyt.* Et constat inter omnes, quod Iustin. *in d. l. 3.* aliquid novi constituerit, videlicet ut necesse habeat emphyteuta denuntiare domino venditionem, ut dominus aliis emtoribus præferatur: ex quo, ut notavimus ad Treutler. *p. 1. disput. 19. & p. 2. disput. 1. th. 2.* male vulgo D. D. probant, emphyteuticam rem esse prohibitam alienari; quoniam imò hoc tantum sanxit Iust. ut necesse habeat emphyteuta denunciare, se rem esse venditurum, quam, si dominus intra duos menses voluntatem suam non declarerit invitissimo etiam domino vendere potest. Quod ipsum ostendit, posse fundum emphyteuticum oppignorari, quia creditor eam distracturus eodem modo domino denunciare necesse habebit. Hunnii autem responsio ineptissima hic est, quod *in d. l. 31. de pignor. & in §. adeo. Inst. locati,* tractetur de ipso fundo vel prædio, sed *in l. 3. C. de iur. emphyt.* non de prædio, sed de iure emphyteutico. Etenim *in l. 3.* agitur de meliorationibus, quæ utique faciunt partem fundi: item que, de tali emtore, qui sit idoneus solvendo canoni, cadon autem solvitur pro usu fundi, & in recognitionem directi dominii, quod dominus in fundo habet: & amplius agitur de præstanda quinquagesima æstimatione rei venditæ, & expressè quinquagesima æstimationis loci, qui ad aliam personam transfertur: neque nisi ridiculè potest fingi separatio iuris à fundo, qui utique sine iniuria domini liber non potest transire in emtorem. Sed res adeò manifesta est, ut pigeat in his manifestis ineptiis consumendis tempus & chartam perdere. Et vereor, ne nimis hic evagari videamur. Illud tantum hic addendum est, quod hypotheca generalis afficiat res omnes debitoris singulares *per d. l. 4. in pr. quib. mod. pign. solv. & per not. à Neguf. de pignor. part. 2. membr. 4. n. 131 & seq. num. 142.* unde qui generalem hypothecam habet anteriorem, potior est eo, qui postea res speciales pignori obligata fu *l. 2. qui potior. in pignor.* & simul ac debitor rem aliquam acquisivit, pignus inhærere incipit

l.9.§.ult.qui potior.arg.l. & qua 15.§.1.de pignor. eoque si alienetur, necessum est, ut transeat cum causa & onere suo *arg.l.un.C.rem.alien.gerent. &c.* unde frequens tractatus de consensu creditoris adhibendo in alienatione rei obligatæ, qui frequentius in casu hypothecæ generalis desideratus fuisse videtur, ut videlicet emtor rem liberam & sine onere consequeretur: facilius etiam creditor consensisse præsumitur, sufficientibus ipsi aliis bonis debitoris: quin amplius si creditori ista bona sufficiant, putaverim ipsi persecutionem etiam sine consensu eius alienaturam, esse denegandam, & ita temperandam iurisdictionem, *arg.l.2.C.de pign.* in quibus terminis æquissima est nova Iustin. constitutio *in Nov 4.cap.4.* ut nonnisi excusso prius debitore ad tertios possessores eatur. Favore tamen libertatis receptum est, ut debitor, cuius bona generali hypotheca obstricta sunt, servos manumittere possit *l.2.& 3.C.de serv. pignore dat* Hæc autem licet ita sint, tamen quod traditur *in l si is, qui 66.aliàs.86.de furt.* furtum committere debitorem, qui rem pignoratam alienat, omnino existimo ad hypothecam specialem, de qua etiam textus ipse loquitur, esse restringendam: & prava est explicatio gl. explicantis *specialem* pactionem pro *expressa*, licet male idem sequatur Bart. *in d.l.si is qui. & in l.si servus.61.§ locavi de furt.* ubi frustra pro distinctione inter hypothecam expressam & tacitam adducit *l. interdum 49.in fin de furt.* vel quia nullo modo sequitur: in casu tacitæ hypothecæ non committitur furtum, ergo committitur in casu hypothecæ expressæ generalis: vel quia res dotalis ibi à tertio subrepta fuit: vel quia iure veteri Digest. uxor nullam pro dote habuit hypothecam: & nulla hic inter hypothecam tacitam & expressam ratio diversitatis dari potest, ut consequenter hinc erret post alios Iason. *in §.item Serviana.C.h.t.* existimans, quod hypotheca tacita, quam locator habet in invectis & illatis, non afficiat res singulas, quo minus liberè alienari possint: & frustra adducitur *l pen in quibus caus pign.tacitè*, quoniam, ut diximus, speciale est in mancipiis, ut hypotheca generalis non impediat eorum libertatem.

XXXIV.

Nihil itidem quoad actionem hypothecariam interest, an hypotheca sit expressa, an tacita.

Tacitam hypothecam bene distinguit Iason. *in §.item.7.Instit.h.t num.7.* quod quædam inducatur sine facto hominis, quod scil. fit directum, & tendat ad obligationem pignoris, quædam ex facto hominis, veluti per inductionem in ædes conductas. Male autem *Hunn.ad Treutl p 1.disput.2. thes.4.* pignus quod ex dispositione legis est, dividit, quod aliud sit ex tacita conventione, aliud ex privilegio: quoniam conventio & lex hac in re species sunt oppositæ: & conventio expressa in hypotheca, quæ ex introductione est, præbuit causam tacitæ *arg.l.si servus.61.§.locavi de furt.* quamvis lux ut plurimum tacitis conventionibus assistat, ex quo hypotheca alia pura, alia mixta statui posset. Illud quoque male Hunnius, quod pignus legale vult dici pignus expressum: omninò male & per vitiosam homonymiam: quoniam in materia contractuum & obligationum illud expressum dicimus, quod spectat eonventionē partium habet: cæteroquin etiam substitutionem, quæ inest ex constitutione Marci *iuxta l.4.de substitut.* & fideicommissum quod inest *iuxta l.102 de condit.& demonstr.* expresse quis sed ineptè appellaverit: & quod in conventionibus voluntas duorum vel plurium, hoc in ultimis voluntatibus solius testatoris voluntas operatur. Species omnes

omnes hypothecæ illius tacitæ recensere, nimis longum, & ab hoc instituto fuerit alienum: & actum de iis est ad Treutl. *de pignor thes.* 4. & prolixè satis Negusant. *de pign. secund. part. princ. membr. 4. partes.* Est ea hypotheca alia generalis, alia specialis, veluti in ædificio, ad cuius restitutionem quis credidit *l. 1. in quibus caus. pign. tac. l. 24. de reb. autor. iudic.* & nimii hic superstitiosus est Cuiac. qui ad solam restitutionem hoc restringit, & negat habere locum in refectione: cum tamen verbum *restituendi* ambiguum sit, & sub eo refectio quoque rectè comprehendatur: neque ratio ulla diversitatis dari potest, quin potior videtur esse is, qui efficit, ne ædes ruituræ procumbant, quàm qui curat, ut iam collapsæ restituantur. Et Hunn. *ad Treutl. de pignor. quæst.* 18. nescit, & non intelligit quid loquatur, dum ait, ius singulare & exorbitans, & quod est contra rationem iuris, non esse producendum ad consequentias, nec quidem ex paritate rationis. Etenim memini quidem, hoc ita tradi alicubi indefinitè à Dd. sed etiam ab iisdem hoc tradi scio, quod ratio sit anima legis, & quod ratione legis correcta, ipsa lex correcta censeatur. Tum verò nec dum probatum est, hic fieri extensionem: & amplius nihil hic est, quod rationem iuris offendat, aut ab ea exorbitet, in quibus solis terminis procedit supra allegata Dd. propositio: & facit huc *l. 5. qui potiores & l. qui in navem. 26. l. quod quis. 34. de bon. autor. ind possid.* quæ scilicet ostendunt eandem esse reficiendi & restituendi rationem, utcunque alias, quæ verior sententia est, hi, de quibus agitur in dd. textib, non habeant tacitam hypothecam. Aliud exemplum specialis hypothecæ tacitæ proponit *Hunn. thes. 4. lit. O.* quod habeat venditor in re vendita nec tradita. Sed hoc quoque male; quoniam nusquam proditum est, quod venditori ex ea causa competat actio hypothecaria: & verò aut tradidit habita fide de pretio, & ipse Hunn. fatetur non competere ius hypothecæ: aut non habita fide, & constat dominium manere venditoris & verò ridiculum est dicere, venditorem in re, quæ adhuc propria est, pignus habere, nec minus ineptum, hypothecam fingere tantum ad effectum retinendi: ex quo se queretur ingens absurdum, hodie præsertim post receptum ubique penè ius retentionis, omnem eum, qui rem alienam possidet, hypothecam tacitam habere, si quid forte ei ex adverso debeatur. Nec quicquam movent citati ab Hunnio textus, ex quibus minimè probatur vera hypotheca, sed quod venditor, quasi pignus retinere possit rem, donec pretium solvatur: perinde ut potest commodatarius vel depositarius, qui fecit impensas *l. creditoris 15 in fin. de furt.* Plures species sunt hypothecæ tacitæ generalis. & inter eas, quam habet fiscus in bonis debitoris: quam hypothecam etiam reip. tribuit Hunn. *ad Tr. de pign. q.* 22. Sed hoc quoq; falsum est, ut ostendi ad Tr. *p. 24. thes. ult. lit. f.* ubi obiter addere libet alium errorem Hunnii q. 24. ubi negat civitatibus Imperialibus ius fisci & regalia, quæ tamen expressè tribuit singulis Imperii statibus: & tamen in confesso est, civitates Imperiales, statibus Imperii annumerari: & valde suavis est, dum pro firmanda opinione sua adducit textum *in l. 1. C. de bon. vacant.* qui agit de municipibus & civitatibus absolutè Imperio Romano subiectis. Non absimilis generali hypothecæ est, quæ constituitur per inductionem rerum in prædia conducta, de qua prolixè agunt Dd. *in § item. 7. Instit. h. t.* & est communissima veterum interpretum sententia, *Petr de Bell. Pert. Iohan. de Platea, Angeli, Fabri Iason. Gomez. in d. §. & gl. Odofredi. Cyn. Br. Bl. Salic. Castrens. & cæterorum in l. 5. C. locati.* quod sola scientia domini sufficiat, ut invecta & illata in prædium rusticum hypothecæ obligentur: (Hunn. autem ad Treutl. *de pact. q.* 20. qui autores illos non vidit, communem Dd. opinionem falsò esse ait, quod speciali pactio de pignore requiratur) quam opinionem Dd. solidis, ut opinor, rationibus con-

futatā

futavi ad Treutl. *de pign. th* 4. quibus nunquam satisfaciet Hunnius, qui ad Treutl. *p.1. disput.6* prave sequutus falsam opinionem, more suo leves quasdam obiectiones nectit, quas etiam dupondius dissolvat; sed & amplius fallit, dum *ad Treutler de pign.* hanc quorundam sententiam refert, imò fingit, quod in prædiis urbanis & rusticis hac in re prorsus idem ius obtineat, quod nulli tamen unquam in mentem venit. Ad textus, quibus utitur, satis responsum est ad Treutl. d. loc. & miror eum non advertisse, quod *in l 3. quib. caus. pignus tac.* horreum quomodocunque accipiatur, si ex eorum prædiorum numero, quæ non ferunt fructus, ut proinde imitetur naturam hac in re prædiorum urbanorum *arg 4 §.1. eod. tit.* Frustra etiam utitur *l. 7. §.1. in quibus caus. pign. tac.* nam perspicuum est, quod *d. §.1.* non cohæret cum princ. leg. in quo de fructibus tractatur, & tantum utile consarcinatos habemus centones. Ineptius adhuc adducitur *l. ult C. in quib. caus. pign. tac.* quippe in qua ius invectorum, & exinde nascentis pignoris, porrigitur ad provincias, ecque prius præsupponendum est, quid circa hanc rem in utraque Roma obtinuerit, atq; ita erit petitio principii. Vnde licet existimare de iudicio Hunnii, qui *ex d. l. ult* evidentissimè sententiam suam probari ait: & si istos textus referimus ad prædia rustica, eadem erit eorum, & urbanorum ratio, cum nulla prorsus scientia locatoris ibi mentio fiat. Et nota quod Hunnius more suo, ut chartas impleat, eadem hæc iteravit prorsus *p. 2. de Interd th.* 2. ubi de Interd. Salviano, ubi etiam absurde pro opinione sua adducit text. *in §. Item Serviana 7 Instit. h. t.* ubi dicitur, quod Serviana competat pro rebus, quæ pro mercedibus fundi pignoris iure tenentur. Etenim cum non loquatur de invectis & illatis, rectius utiq; & pene necessario explicamus eum locum de conventione expressa: & cum eo conferimus *§. 3. in fin. Instit. de Interd.* ubi Interd. Salvianum comparatum esse dicitur pro rebus coloni, quas ille pro mercedibus fundi pignori futuras pepeg sset. Plane sufficere debent locatori fructus qui pignori sunt, de quibus initio ut pignori essent, convenire f. l. bat *l. si servus. 6. § 5. de furt.* Et videntur hoc animadvertisse Dd. nimis graviter conductorem si & invecta & illata tacito pignori tenerentur ideoq; *d. l. 7. in pr. in quib. caus. pign. tac.* ad fructus naturales restrinxerunt, referente & probante *Jas. in §. 7. Inst. h. t num.* 17. Sed prorsus vitiose, cum textus non distinguant, & pleriqque fructus pro industrialibus habeantur. Illud autem rectè Dd. *teste ibid. Jas. n. 64.* quod libri studiosorum hypotheca ista tacita non obstringantur. cuius rei rationes redd: dimus ad Treutl. & nulla est obiectio Hunn. qui contrario errore hic à sententia Dd. discedit *ad Treutl. d pact. q* 19. quod exorbitantia irregularia, & contra ius commune introducta, non sint extendenda: nihil enim hic exorbitans, sed rationi & iuri ordinario convenit, ne instrumenta rustica & quotidianis usibus destinata, sub hypotheca generali & indefinita contineantur. In eo quoq; deteriores partes sequutus est Hunn. quod res à minore sine curatoris consensu illatas obligari existimat, contra rationem iuris, & communissimam Dd. sententiam, de quo diximus *ad Tr. d. loc.*

XXXV.

Denique non interest, an hypotheca sit constituta à lege in specie dicta, an à lege, quam vivam appellant, id est, à magistratu.

Ex causa huius hypothecæ res solent corporaliter transferri in creditorem, ubi missio fit in possessionem, vel ex causa iudicati pignora capiuntur ad faciendam executionem; quamvis etiam executor recta potuerit distrahere res, & inde satisfacere

victori

victori. Cæterum ex ista quoque hypothecæ specie, actioni hypothecariæ locum fuisse, docet *l. 2. in fin. C. de prat. pignor.* notat Jason. *in sæpe d. §. num. 7.* & rationis est, ut actio introducta edicto prætoris etiam competat ex causa pignoris prætorij. Etenim utroque casu proposito pignus rectè dicitur prætorium, quippe cum prætoria autoritate eiusque iussu executio sententiæ fieret *l. 15. in pr. de re iudic.* quamvis nihil prohibere videatur, quo minus in specie pignus prætorium opponatur, iudiciali itidem in specie dicto. Plane non convellunt hanc distinctionem quæ ad *Treutl. de pignor. thes.* 3. prolixè movet Hunn. ubi prorsus eam distinctionem improbat, & nihilominus tamen differentias à Cuiac. traditas *in paratitl. C de prætor. pign.* admittit. Neque verò quicquam negat, quod in genere sumptum pignus prætorium utramque speciem comprehendat: quod etiam de judiciali dici possit, postquam hodie ipsi magistratus judicant: quæ alias objectio ideo inepta est, quod nemo hinc differentiam petit, quod pignus judiciale à judicibus fuerit constitutum, (hoc Hunn. modò ait modò negat) sed quod ex causa judicati pro executione sententiæ: cum alterum illu ex causa contumaciæ contra debitorem indefensum constitueretur: quamvis dubitare liceat, an hoc differentiam specificam facere possit, quandoquidem etiam ex causa judicati. & huius servandi causa in possessionem bonorum aliquando misisse prætorem constat *ex l. 2. & 3. C. qui potior. in pign.* Quod autem de actione hypothecaria hic competente diximus, ei non obstat *l. prætor. 9. de bon. aut. judic.* ubi actio in factum proponitur: quia ea non competit pro persecutione pignoris prætorij: sed datur debitori contra creditorem, qui quid damni dedit: & est loco actionis pignoratitiæ directæ personalis, cui in isto casu locus non est.

XXXVI.

Actio hypothecaria vel est directa vel utilis.

Possit quasi Serviana dici utilis simpliciter, respectu ad ipsam Servianam: sed quoniam & illa ex edicto prætoris descendit, hinc utilem hic dicimur, quæ ex æquitate ubi pignus mero jure non consistit, accommodatur. Pignus sc. tum ipso iure consistit, quando res fuit in dominio debitoris, vel utique fuit in ipsius bonis, bona fide & iusto titulo ab eo possessa, ut in conditione fuerit usucapiendi. Cæteroquin pignus non consistit, ut probatur *ex l. 1. princ. de pignor. l. 6. C. quæ res pign. l. 2. & 1. 1. C. si aliena res &c.* Huic sententiæ Hunn. ad Tr. *de pign.* multa, sed fere omnia inepta opponit. Ex *l. tutor. 16. §. 1. & l. cum debitore, 32. de pignorat. act.* quoniam hæc ipsa loca ostendunt pignus non valere, quod si valeret, pignoratitia contraria locum non haberet: velut constat emtori, quam diu rem tenere potest, nullam actionem dari: Pariter inepte objicitur *l. si post. 18 de rei vind.* quoniam ibi ipso jure completa usucapione possessor dominus factus fuit, eoque pignus valet. Ineptè etiam objicitur *l. 1. C. si pignus pignori*, quoniam hic soluto jure pignorantis statim jus secundi creditoris expirat. Nec obstat etiam *l. si rem alienam. 29. de pignor. act.* quoniam diximus non necessū esse præcise, ut debitor dominus sit, sed sufficere, ut sit in eius bonis veluti hoc explicatur eleganter *in l. si ab eo. 18. de pign.* ubi creditor defenditur per Servianam, quemadmodum ipse debitor per Publicianam, qui scil. rem bona fide acceptam hypothecæ obligavit: ex quo tamen videri possit, non tam directa quam utilis Serviana hic competere: nam & Publiciana si conferatur cum rei vindicatione in specie dicta, utilis appellari potest. Vulgatum autem est, quod comparatio emtionis & pignoris *in l. 9. de pignor.* eo

pertineat, ut intelligamus utrobique rem in commercio esse oportere. Itaque nulla hic est pugna textuum, & nihil vulgarius, & magis protritum, quam quod Hun. tanquam ex suo ingenio proponit, pignus rei alienæ non valere in præiudicium domini: de quo nec anus dubitaret, & amplius in eo errat, quod eandem rationem esse putat, quoad ipsos contrahentes, venditionis & pignoris: etenim hic statim pignoratitia contraria agi potest à creditore, simulatque constat, rem esse alienam, quod in emtione secus se habet, ut latius ostendimus ad *Trentl. de iur. dot. th.* 4 *lit. c.* & porrò errat Hunnius, dum *ad l.* 18. *de pignor.* respondet, creditorem ibi non defendi actioni civili sed prætoria; quasi verò Serviana directa non esset prætoria. Nimirum ita ius est, ut si res aliena tradita sit, creditor contraria pignoratitia agere possit, *d. l.* 16. *&* 32. *de pign. act.* quod si creditor rem penes se retinuerit, soluto debito, ut maximè rem alienam esse constet, pignoratitia actione rectè conveniettur. Cæterum actio in rem hypothecaria iuxta prædicta efficax erit, si modò res fuerit in bonis debitoris, ita ut etiam contra tertium utiliter intentetur. Idem erit, si utcunque non esse in bonis, dominium postea debitori supervenerit, & creditor alienā esse ignoraverit, *iuxta l.* 1. *in pr. de pignor.* Quod præmittendum ab Hunnio erat, non statim transeundem ad casum, quo non dominium supervenit debitori, sed huic verus dominus successit. Quo an utilis hypothecaria detur, definire difficile est, propter pugnantia JCrorum responsa *in l. si Titio* 22. *de pignor. & l. rem alienam.* 41 *de pign. act.* quarum illa concedit, hæc negat utilem actionem. Hic *Hunn. quæst.* 27. initio textus ipsos, more suo ut chartas impleat, extensè describit: & inde eod. modo prolixè enarrat Donell. sententiam, quid *l.* 22. velit intelligi de pignoratitia actione personali contraria: quasi verò hæc Donell. & non gl. & communissima Dd. veterum conciliatio sit: sed quæ facilimè refutatur: quoniam ut paulò ante diximus inter contrahentes ipsos, utcunque res fuerit aliena, directa pignoratitia personalis locum habet; & procul dubio falsum est, quod videtur existimare Don. actionem personalem, quæ directa est contra defunctum, esse utilem contra heredem: principium iuris est, quod actio personalis sub eadem prorsus qualitate, & natura detur contra defunctum & heredem: quæ ratio solidè evincit, *quod d. l.* 22. *de pign.* de personali pignoratitia accipi non possit: sicut nec minus ista, quod iuxta prædicta, ut personali actioni locus sit inter ipsos contrahentes, non opus est, ut ita loquar, aliqua convalescentia, ut sc. pignus convalescat: id verò convalescere dicitur *in d. l* 22. ad effectum adeò, ut hypothecariæ actionis sit locus: etenim actio pignoratitia personalis contraria, de qua in casu rei alienæ pignori datæ, agitur *in l.* 16. *§.* 1. *& l.* 32. *de pign. act.* procul dubio locum habet, si debitor ipse adhuc vivat, aut quemcunque tandem ei successerit. Et quisquis bonam fidem agnoscere vult, eum fateri oportet, in hoc fundari decisionem Modestini, quod dominus rei pignoratæ, debitori successit, & ita debitor affectus est: ex quo tamen id rectè concludi disertè negat Paulus *in d. l.* 41. *de pign. act.* Ex quo ego pronior sum, ut cum Hottom. putem nullo ingenioso commento, tam apertam dissensionem rei & dissimulari posse: & iam pridem irrisa est puerilis opinio sive hæresis (ut eam Cuia. appellat) eorum, inter quos nomen suum hic profitetur Hunn. qui nihil contrarium in iure nostro extare putent. Neque verò *d. l* 22. ad casum actionis hypothecariæ contra ipsum tantū heredem dandæ restringi potest, sed & simpliciter eam actionem negat Paul. *in d. l.* 41. Alias quoq; conciliationes facilius est refutare, quàm dare meliores: & inter illas vel minime probabilis est distinguendi ratio, inter dominum ignorantem & contradicentem: quamvis falsum sit, quod omnis ignorans censeatur esse invitus; quæ inepta est

obie-

obiectio Hunnii, qui dum istam conciliationem Vulteio tribuit, satis ostendit, se nec gl. nec Petr. Fabr. vidisse, quos allegavimus ad Treutl. sæpe d. loc. Cæterum Hunnius dictos textus ita in concordiam redigi posse opinatur *in d. l.* 41. ubi hæc penè sunt ipsius verba: actio hypothecaria contra dominum, qui debitori successit dari negatur: tum quia ea non detur creditori adversus dominum verum: tum quia pignus, quod ab initio non valuit, non possit tractu temporis convalescere: tum quia absurdum sit in hæredem dari actionem, quæ non competit adversus defunctum, certum autem sit, creditorem non potuisse adversus ipsum debitorem agere hypothecaria, de re aliena oppignorata. In his verbis Hunnii plura sunt errata quàm lineæ: & primò falsum est, quod in dd. textib. tantum agatur de actione contra ipsum dominum: quia primò quæritur de convalidatione pignoris, quâ posita, hypothecaria ex natura sua, contra quemcunq; possessorem datur. 2. falsum est, quod actio hypothecaria non detur contra dominum verum, qui ipse oppignoravit, sed in specie quam tractamus, de domino succedente, contrarium est. 3. Regula desumta *ex l. 29. de R. Iur.* tum præcipuè pertinet ad ultimas voluntates, tum obtinet, ubi nihil novi supervenit, veluti hic dominium, tum non paucas admittit exceptiones, & in hac ipsa materia pignoris, ubi ipsi debitori supervenit dominium, manifesto falsa est, siquidem constat eo casu convalescere pignus, ut utili actioni fiat locus. 4. Et hoc perspicuè falsum est, quod in defunctum quæ non competiit actio, non possit dari in hæredem, etiam in actionibus personalibus, post constitutionem Justin. ut actiones ab hæredibus, & contra hæredes incipiat, nam in actionibus realibus, quæ non fundantur in jure successionis, magis perspicuè istud falsum est: & iam quoque diximus, hic non de actione contra debitorem tantum, sed contra tertium concedenda tractari. 5. Magis adhuc falsum est, quod creditor contra debitorem, qui rem alienam oppignoravit, non possit uti actione hypothecaria. Contradicit hic & manifesta ratio, & receptissima Interpretum omnium sententia, quam referemus th. sep. quod ubi agitur contra ipsum debitorem, non opus sit probare rem fuisse in eius bonis, quippe cum creditor quæstionem domin j, nisi de suo mendacio & turpitudine argui velit, referre non possit: & omninò pignus rei alienæ inter ipsos cōtrahentes, & quoad personalem, & quoad realem actionem valet. Ex his concludit Hunn. rectè *in l.* 41. negari actionem hypothecariam adversus dominum Atqui nemo hoc negat, non deesse rationes huius negationis, sed ita non conciliantur textus, quod se facturum promisit Hunn. (quamvis iam sæpè diximus *in l.* 41. non tantùm de actione contra dominum danda tractari) nec ea conciliatio ex seqq. apparet, dum ait sub nomine appellationis pignoratitiæ, non rarò venire pignoratitiam: de quo nomine dubitat, nec de hoc quidem, quin necessariò *in l.* 41. intelligenda sit actio hypothecaria: sed illud quæritur quomodo conveniat *l.* 22. *de pign.* ut profectò Hunn. non videatur nodum & pugnam hanc intellexisse: neque enim quicquam ad rem facit, quod ait, rationem facere, ut *in d. l.* 22. dicatur actio pignoratitia dari creditori in dominum rei pignoratæ, qui debitori successit, nō quidem actio directa, sed utilis, &c. Enim verò hic ipse notus est: quod hic conceditur illic negatur: aut Hunn. in opinionem Donelli, & communem Dd. incidit, quæ cæteris omnibus deterior est: ego planè nullam compositionem, sed quinque errores Hunn. deprehendi & ostendi Mirabatur fortassis lector, quod in notandis tam apertis erroribus operam pono. Sed & breviter & paucis illud facio, & resolutiones se absolutissimæ, hac opera dignæ videri possunt: quam etiam ipsa ratio cognationis humanæ, quam JCtus allegat, à me exposcere videtur; quod olim prolixiùs in præfatione istius operis explicabo.

XXXVIII.

In actione hypothecaria, utpotè reali duo extrema probanda sunt, ius pignoris ex parte agentis (*a*) & ex parte rei conventi possessio (*b*)

(*a*) Commune est hoc omnibus actionibus, ut probandum sit id, quod est actionis causa, quæ hic est jus pignoris in re. Et hoc jus ante omnia rectè & purè natum esse oportet. & scil. necesse est ut ipsum debitum sit purum, & statim peti possit cæteroquin ubi obligatio principalis habet dilationem diem vel conditionem cessat hypothecaria, notat Negus. *de pignor. p. 8. memb 3. num.* 1. & habet solidam traditionem ex *l. debitores*, 10. C. *de pignor.* Illud non interest, an jus pignoris primò sit constitutum ipsi agenti, an in eum legitime translatum *arg. l. ult. C. de hered. vend.* quo etiam pertinet, si nomen tantum venditum, vel alio justo titulo sit translatum, juxta *l. emtori*, 6 *de hered. vendit. l.* 6. *&* 7. C. *de obligat. notat ex Dd. idem Negusant. p.* 8 *princip. membr.* 2. *num.* 1. Diversimode tamen ex persona possessoris dicitur valere jus pignoris. Diximus scilicet supra, inter ipsos contrahentes sustineri & subsistere pignus etiam rei alienæ. Ex quo fit, ut si creditor hypothecariæ experiatur contra ipsum debitorem, sufficiat probare, debitorem possedisse tempore obligationis, quoniam debitor non possit referre quæstionem dominij Salicet. *in l. in rem alienam* 41. *de pign. act. Ias. in §. item Serviana h. t. num.* 89. *Negusant. de pignor. p.* 8. *membr.* 3. *n* 6. *& seqq.* & est ea apud omnes receptissima sententia: nec minus communissimè receptum est, si agatur contra tertium possessorem, qui causam à debitore non habet, probandum tum esse, non quidem quod res fuerit in dominio debitoris, quod requirit *gl. in l.* 3. *de pignor. & in §.* 7. *Instit. de action.* quam diabolicam aliqui Dd. appellant: sed quod fuerit in bonis debitoris, ab eo justo titulo & bona fide possessa: quoniam quo probato vinceret ipse debitor agens Publiciana, eo probato etiam creditor agens Serviana vincere debet *argu. l.* 18. *de pignor. iuxta notat thes. praced.* Tertius autem casus, quo possessor causam habet à debitore controversus est inter Dd. quoniam alij distinguunt inter causam lucrativam & onerosam, & hoc casu tantum necesse putant idem probare, quod in casu proximè præcedenti: alij simpliciter sufficere putant idem esse, ac si ageretur contra ipsum debitorem, à quo qui causam habet, non possit referre quæstionam dominij: quæ videtur esse sententia Saliceti *in d. l.* 41. *num.* 8. Communius autem placuit, attestante Negusant. *part.* 8. *membr.* 3. *num.* 8. *& seqq.* hic quoque oportere probari, quod res fuerit in bonis debitoris. & quod possessor sine vitio & turpitudine ad excludendam intentionem actoris, possit negare autorem suum dominium fuisse, & solo titulo se defendere. Quæ opinio recipienda videtur, quoniam pignoris ius non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris, & textus hoc passim indistinctè requirunt: & cum hypotheca propriè titulum nullum præstet & creditor jure debitoris veniat, oportet eum potiore jure niti quam possessorem.

Et hac in re distinguitur vulgò Salvianum interdictum ab actione Serviana, quod hæc sit instar judicij petitorii requirens probationes pleniores Negusant. *p.* 8. *membr.* 1. *numero* 1. *&* 2. *Iason. in §.* 7. *h. t. num.* 94. *& seq.* Sed in Salviano interdicto, utpote remedium possessorio, sufficere probari, quod debitor possederit Jaso. *d. loc. n.* 85. *Negusant. d. §.* 8. *memb.* 3. *num.* 19. *ubi plures allegant.* Sed non levis hic occurrit scru-

scrupulus: quod cum ex eorundem Dd. sententia communissima *in d.* §.7. *& in l.* 1. *C. de Sal. interdict. teste Negusant d. loc.* hoc interdictum Salvianum non quidem directum, sed utile detur cuiuscunque creditori, & contra quemcunque possessorem, quis ita sit futurus usus actionis Servianæ, cum quivis potius Salviano tanquam faciliori & expeditiori, in quo sufficiat probare possessionem creditoris de præterito, ut loquuntur, sit usurus: quem scrupulum movet etiam Negusant. *d. num.* 19. Jason ut hoc extricet, multa disputat *num.* 91. 94 *&* 99. & putat nove tenrandum esse *n.* 91. in util. Salviano non secus, ac in Serviana, oportet probari rem fuisse in bonis debitoris. Sed vitiosa hæc futura esset confusio utriusque remedij, quæ præsertim everteret naturam remedii possessorij: & ipse Jason tandem *n.* 102. eo decurrere cogitur, ut admittat nullam videri utilitatem Servianæ, & quod fortè eam prætor primò introduxerit, postea autem propter difficultatem probationis concesserit interdictam: ideóque ait, cautos advocatos non uti Serviana actione, sed Interdicto: quæ cautela & doctrina est Angel. *in d.* §.7. *Instit. h. t. num.* 9. Verum ista sententia mihi probabilis fieri non potest, nisi ineptos velimus facere JCtos, qui tot locis de actione hypothecaria, & quid in ea probandum veniat tractant. & quæ nonnisi ineptè ad eum casum singularem restringi possint, quem *d.* §. 8. *memb.* 3. *num.* 19. proponit Negusant. quo debitor tempore obligationis rem non possedit: cum præsertim ipse ibid. interdictum utile creditori ex persona debitoris accommodet: & crediderim nec in interdicto Salviano, ijs casibus, pro quibus introductum est, opus esse probare possessionem debitoris de præterito, si eum dominum fuisse ostendi possit.

Ego non dubito, istum esse errorem Dd. inde enatum, quod interdicto Salviano ex quacunque causa, contra quemcunque possessorem faciunt locum: pro qua sententia inepto argumento utitur Negusant. *p.* 8. *num.* 9. quod sicut debitor pro amissa possessione habet interdictum directum, ita etiam creditor habens obligatam rem eius debeat habere interdictum aliquod. Etenim præterquam quod interdicta ferè dantur contra iniustos possessores, nulla etiam hic est consequentia, quippe quod jus pignoris in nuda possessione debitoris fundari non possit: cæteroquin si creditor possidens rem pignoratam, turbetur vel deijciatur, proprijs interdictis experiri potest. Et sane interpretes recentiores non solent ita latè producere usum interdicti Salviani, ut videre est ex Cuiac. 5. *observat.* 24 *Vulteio, Wesembec. & aliis ad* §. 2. *Institut. de Interdict. Donello & Hottom. in l.* 1. *C. de precar. & Salvian. interdict. Menoch. remed.* 3. *adipisc. poss.* & in magna opinionum varietate cum ijs sentio qui interdictum utile Salvianum contra debitorem quidem ex quacunque causa, sed contra tertium possessorem, nonnisi ex causa locationis dari putant, juxta pluribus notata ad Treutl. *de Interdict. thes.* 2. Et refutantur Dd. disertè *ex l.* 1. *C. de prec. & Salv. int.* ubi negatur contra tertium possessorem Interd. Salvianum, sed remittitur creditor ad actionem Servianam, vel quasi. Ineptum autem sit hoc restringere ad Interd. directum, tum quia simpliciter hoc negat Imp. tum quia ita non de rebus, sed verbis respondisset Imp. quia eiusdem potestatis est judicium utile & directum. Nec quicquam movet *l.* 1. *de Salv. int.* quæ loquitur de colono, pro cuius rebus obligatis cum primario sit introductum interdictum, non immerito contra possessorem, qui præsertim causam ab eo habet, utile interdictum datur. Nulla autem ratio est, cur negetur contra ipsum debitorem, contra quem, ut supr. dictum, vincit creditor si eum saltem possedisse & possidere probet. Liberet hic sub censuram vocare, quæ jam d. loco tractat Hunn. sed ex multis causis, jam quidem vela contrahenda sunt.

Illud in proclivi est, ut hypothecariæ locus sit, oportere adhuc durare ius pignoris, hoc enim sublato tanquam actionis causa, ipsa quoque actio extinguitur: adeoque soluto debito non potest amplius hypothecaria agi: quod cum summæ rationis sit, non immerito mirum videatur, quod rescripsit Imperator Gordianus *in l.* 2. *C. de Luitione pignor.* vincula pignoris durare personali actione submota. Et Cujac. quidem 5. *observat.* 32. putat hoc explicandum *ex l.* 1. *eod. tit.* quo casu scilicet unus vel plures heredum debitum solverunt: quoniam ubi vel minimum restat, pignus obligatum manet *l. quamdiu*, C. *de distract. pign.* Sed non potest hic obligatio personalis plana sublata dici, & Gordianus ad casum l. præced. respexisse non potest, & Tribonianum hoc attendisse vix opinor. Alij exemplum dant, si creditore in detentione pignoris constituto, naturale debitum manserit, puta si filiusfam. contra SCtum mutuatus pignus dederit, vel verus debitor iudicio absolutus fuerit. Sed vix potest credi Imperator de huiusmodi casibus singularibus rescripsisse. Communius ad hoc allegant *l.* 7. §. 1. *de præscript.* 30. *annor.* ex qua actio hypothecaria contra debitorem vel eius hæredes 40. demum annis finitur, cum tamen principalis actio expiret 30. annis *l.* 3. & 4. C. *eod. tit.* Sed verosimile est, tempore Justini, cuius est *d. l.* 7. constitutionem Theodosij *in d. l.* 3. non satis constansi observatione receptum fuisse, cum præsertim *in pr. d. l.* 7. dicatur actionem hypothecariam illo casu nullis annorum curriculis finiti, & profiteatur Imperaror, se possessoribus, ut tandem sint securi succurrere velle: absurdum autem est existimare, quod post actionem personalem certo fine circumscriptam, actio personalis fuerit perpetua: ut hic culpæ reus videatur Tribonianus, qui utramque constitutionem *l.* 3. & 7. sub uno titulo proposuit. Plane ad explicandam *d. l.* 2. *C. de luit. pignor.* quæ est Gordiani, inepte ist[..]d affertur. Donelli remedium violendum est, qui addita negatione legit, *vincula pignoris non durare*: & si emendare licet, velim pro, *personali*, substituere, *reali*: ut nihil aliud significet Imperator, quàm quod alibi traditum est, per usucapionem non extingui jus pignoris *l.* 7. C. *de pign.* & quæstionē pignoris ab intentione dominii esse separatam *l.* 1. §. 2. *de pign. juncta l. justo* 44. §. *non mutat.* 5. *de usucap.* Tollitur etiam jus pignoris, & ita hypothecaria actio per præscriptionem tertii possessoris 10. & 20. annorum *l.* 1. & 2. C. *si adversus creditor. præscrip. l.* 7. C. *de obligat. & act.* Neque huic iuri derogatum existimandum est *per auth. malæ fidei. C. long. temp. præscript.* quippe constitutio correctoria non est porrigenda extra terminos præscriptionis dominij, de quibus loquitur, ad præscriptionem juris pignoris, quod minoris est præjudicii, quod rectè notat ex Dd. *Ias. in* §. 7. *Institu. h. t. num.* 123. Hic verò cornicum oculos configere & subtilem agere voluit Hunnius ad Treutler. *de pignor. quæst.* 47. negans hypothecariam actionem longi temporis præscriptione finiri, tum *ex l.* 3. C. *de præscript.* 30. *annor.* ubi etiam realis actio dicitur durare 30. annis: tum *per l.* 7. *in pr.* C. *eod.* ubi hypothecaria contra extraneos possessores dicitur durare 30. annis, neque distinguitur, an bona an mala fide possideant: ideoque valde subtiliter acquiri quidem rem pignoratam 10. vel 20. annis bonæ fidei possessori ait, sed actionem demum finiri ait 30. annis, quæ post annos 10. vel. 20. exceptione dominii elidatur. At verò quam hoc ineptum est: quoniam præscriptio quidem propriè dicta ex communiori sententia nunquam ipso iure tollit actionem: atquin posita acquisitione dominii, quæ hodierno iure ex 10. aut 20. annorum possessione contingit, & quam etiam ponit Hunn. nonnisi ineptum & falsum esse potest, quod adhuc supersit actio. Nam quod paulò antè diximus, usucapione non tolli ius pignoris ad usucapionem veterem anni vel biennii pertinet, non ad longi temporis

præ-

præscriptionem, non animadvertit Hunn. quod *in l. 3. & de præscript. 30. ann.* proponatur longissima vita actionum in rem, non verò quod semper tamdiu durent neque etiam hoc, quod actionem quidem personalium uniformis est duratio, sed realium variatur pro qualitate possessorum, prout vel bona vel mala fide rem tenuerunt: quæ communissima & certissima sententia est, quam pravo & nullo judicio à ratione juris aberrare & abhorrere Hunn. pronuntiat.

(*b*) Et hoc proprium omnium actionum in rem, ut eo tempore quo movetur actio ad fundandum judicium reum possidere oporteat: & notat Negusant. *p. 8. membr. 3. num. 6. in fin.* Illud iam supra notavimus, non competere hanc actionem contra possessorem, nisi excusso prius debitore principali, de quo latè Negusant. *d. p. 8. membr. 1. nu. 10.* ubi in seqq. 12. tradit exceptiones: ex quibus aliquæ communes sunt actioni personali, quæ datur fideiussoribus, post excussum demum principalem debitorem, iuxta *Novell.* 4. veluti quod excussione opus non est, si obligationi naturali tantum pignus accesserit *Negusant. num. 33.* aliquæ ad regulam propositam re vera exceptiones non sunt, veluti quæ *n. 20.* refertur, quod qui generalem & specialem habet hypothecam possit non excussa speciali alias res sub generali comprehēsas persequi: hic enim agitur de excutiendo debitore principali. Illa verò limitatio sub *n. 28.* falsa est, quod non sit opus excussione, ubi proceditur summariè aut ex æquitate, ut non attendantur apices iuris. Etenim hæc exceptio excussionis non est de apicibus iuris sed potius ex æquitate, cuius intuitu hoc constituit Justi. ut proinde falsum sit, quod referente eod. Negusant. negant hanc exceptionem Dd. eoram arbitrio vel arbitratore posse opponi, & ipse Negusant. *n. 31.* advertit fallaciam & falsitatem, huius sententiæ, dum ait, hoc quidem esse de apicibus, si attendatur simplex præposteratio iudicii, videlicet ut intelligo in ead. persona, quæ tale quid opponens audiri non debet) sed non esse de apicibus dum attenditur interesse possidentis, ne cogatur restituere rem, antequam excussus sit debitor. Similis est error Dd. itrò idem, dum fideiussori negant exceptionem ordinis, ubi agitur ex æquitate: quem refutavimus ad Treutl. *de fideiuss.* Quasdam limitationes ipse Neguf. improbat, ut ita re vera longè pauciores sint futuræ. Sed singula hic plenius examinare nec libet nec licet.

XXXVIII.

Petitio in hac actione instituitur iuxta naturam actionem in rem arbitrariarum, ut res restituatur, aut reus quanti interest, condemnetur.

Refertur ista actio disertè inter actiones arbitrarias *in § præterea. Institut. de act.* de quibus infra dicemus. Et ista actio habet multa communia cum rei vindicatione, de qua actum disput. præced. itaque in hac quoque declarabit iudex, actorem habere in re ius pignoris: quam petitionem libello rectè inseri notat ex Bart. *in l. rem alienam de pignorat. act. col. 3. Negusant part 8. membr. 3. n. 24.* & secundum istud sequetur iussum & arbitrium de restituendo rem: quæ principalis est huius actionis intentio & petitio: & errant qui in hac actione probant libellum alternativum, ut res restituatur, vel debitum solvatur, quod probat Geil. *libr. 1. observat. 62.* Rectius Jaso. post Dd. *in § item Serviana. Instit. h. t. num. 127. Neguf. p. 8. membr. 2. nu. 2.* (quia solvere debitum, est præstatio personalis, quæ nihil commune habet cum act. hypothecaria) restitutionem rei solam venire in hanc actionem: ut tamen facile admittam, per petitionem alternativam non vitiari libellum, quod ibid. Jas. monet: quoniam videri

potest

potest actor alternativa hac petitione respexisse facultatem, quæ concessa est reo, offerendi & solvendi debitum, & ita se liberandi ab actione hypothecaria, juxta *l. si fundus.* 16. *§. in vindicatione.* 3. *de pignor. l. Paulus.* 12. *§.* 1. *quibus mod. pignor. solvit.* An autem creditor solventi debitum, cogatur cedere actiones, alia quæstio est, in qua communis distinguitur inter possessorem iustum & injustum *per l. mulier.* 19. *qui potiores Argum. l. si culpa.* 63. *& l. is qui dolo* 67. *de rei vindicat.* juxta tradita à Cyn. *in l. si dominium.* 9. *C de pignor. Bald. in d. l. mulier & benè Castrensis in l. si res.* 57. *de legat.* 1. *num.* 4. & fit restitutio rei una cum fructibus, juxta textum *in d. l.* 16. *§. interdum.* 4. *de pignor.* contra quem textum eiusque decisionem jejunissimè disputat *Anton. Fab. decis.* 93. *err.* 1. contendens, quod *d. § Interdum*, sit Triboniani, & rationi juris contradicat. Ait & præmittit 1. mirum & speciale videri, ut possessor, qui per errorem condemnatus est ad restitutionem rei, etiam condemnetur restituere fructus. Imò utrumque falsum, & nec mirum nec speciale hoc est: sed cum res iudicata pro veritate habeatur, rationi convenit, ne condemnatus ad rem, absolvatur à fructibus, nisi iudex seipsum stultitiæ & iniuriæ arguere velit: quod idem in actione hypothecaria obtinebit. Ait inde, magis mirum esse, quod in specie *l. 68. de rei vindic.* ubi res aufertur manu militari, & ita non intercedit vera condemnatio ad rem, condemnatio tamen fiat super fructibus. Verum nihil hic miri est, quoniam hic in arbitrio subsistitur, & illud instar est condemnationis: idque ex iis quæ dicentur infra de action. arbitrariis. fiat apertius: falsum autem est, quod Antonius Fabr. citanium vindicationi proprium esse hoc ait, quæ instituitur iure dominij: negat autem locum habere in ea, quæ est ex iure pignoris, adeò quidem, ut nullo modo fructus licet post litem contestatam perceptos, in actione hypothecaria censeat esse adiudicandos: neque enim huc pertinere posse censet, quod dicitur, fructus post litem contestatã esse præstandos: siquidem creditor nec sit in bona fide, cum sciat, se rem alienam possidere, nec in mala, cum rem habeat à domino, eoq; non posse dici induci malam fidem per litis contestationem. Sed respondeo nullam hic fieri consequentiam ad negandam præstationem fructuum: & amplius vitiose restringi verbum malæ vel bonæ fidei ad materiam usucapionum: quod præsertim hinc efficiatur, quod falsissimum est, ex causa actionum personalium, & aliorum remediorum non venire fructus. Porrò ineptè quæstionem fingit de creditore possidente: quia imò quæritur de creditore agente: aut ponendum erit creditorem anteriorem experiri contra posteriorem, qui ubi primum intellexit, alium potius jus habere rectè dicitur esse in mala fide, & multo adeò magis possessor tertius, qui sciens possidet rem alteri obligatam. Etenim hæc passim inter se comparari solent, scire rem alienam, & scire rem alteri obligatam, & ex duabus his causis à possessore res evincitur: itaque rectè dicitur habere malam fidem, qui sciens rem obligatam accepit, neque hic. quæ communissima est sententia, decem aut viginti, sed 30. demum annis actio hypothecaria excluditur. Amplius obiicit Fab. quæstionem de fructibus hic esse supervacuum, quia imputentur in sortem creditori, cujus adeò nihil interfit consequi fructus. Respondeo hinc effici, ut creditor quacunque actione experiatur, nihil ultra sortem & ipsam rem consequatur: quod falsum est, *per l.* 21. *§. ult. de pignor. & l.* 22. *in princip. de pignor. act.* & si nihil amplius consequeretur præter rem, nihil haberet, quod in sortem imputaret Ideò ineptum est, quod objicit Fab. fructus præstari tanquam accessiones, non in solutum: hæc enim omnino se compatiuntur, & creditori in sortem imputantur, quia de caussa præstari fructus ab iniusto possessore etiam interest debitoris, nec minus

ere-

creditoris, ut tanto citius suum consequatur. Et prorsus ineptum est, quod obiicit Fab. de incommodis, quæ habet particularis solutio: quoniam non imponimus necessitatem creditori petendi fructus, sed eos jure peti dicimus: sed & quod fit ratione iuris, in eo incommodum non attenditur: & contingit hoc, ubicunque creditor pignus possidet, ut fructus imputet in sortem, deniq; hic etiam considerandа est persona possessoris, cui lucrum injustum relinqui non debet. Et hinc contra quam itidem putat A. Fab. quod *in l.16.§ 4. de pign.* proponitur ibi, *quid enim minoris sit prædium, &c* exempli loco positum accipio, non verò quod extra illum casum nunquam adiudicentur fructus. Ut Fab. omninò turpiter erret, qui nec in illo quidē casu fructus restitui debere censet, hac ratione, quod aliâ posset consuli creditori aliis rebus executionis causa captis. Verum & utilius potest esse creditori, ut fructus sibi adiudicentur iuxta naturam actionis. & ineptum sit, ubi sunt res ex natura actionis restituendæ, ad alias res recurrere: quod tum demum necessum fuerit, ubi non facta restitutione in litem iuratum est: ut tantò ineptior sit Fab. dum §.4. *l. 16. de pign.* refert ad casum, quo ad interesse præstandum possessor condemnatus fuit: quoniam hoc casu fructus non veniunt, ut docet *l.68. de rei vind.* Quod si autem fructus consumti sint, tanto magis, ubi cum re sunt restituendi, facienda erit condemnatio, & hic demum aliæ res in causa iudicati capiendæ fuerint. Ut iterum hic ineptus sit Anton. Fab. dum frustra ait hic fore condemnationem propter inopiam possessoris: quasi verò alia bona non possit habere reus, cùm præsertim inopia rei non moretur condemnationem. Porrò obiicit Fab. imputare sibi debere creditorem, quod non æquivalens pignus acceperit. Et hoc quoque ineptè: vel quia non semper pignus tale haberi potest: vel quia nihil inde infertur pro sententia Fabri: cuius illa amplius inepta ratio est, quod fructus non sint obligati pignori: etenim in specie *d.l.16. §. 4.* non veniunt ut principale, sed ut accessorium. Nec minus illud falsum, & simul petitionem principii continet, quod tantum veniant fructus, ubi petitur res, quæ vel mea est, vel mea fuit: quod refutat textus *in l. videamus. 38. per tot. de usur.* Neq; intelligo, cur hic tantum de fructibus consumtis disputet Fab. cum possint utique esse extantes. Illud verò itidem falsum, quod fructuum consumtorum post litem contestatam non debeat haberi ratio, nisi possessor factus sit locupletior: itemque quod per consumtos fructus possessor non dicatur locupletior fieri: item quod fructus percepti à domino nunquam sint restituendi: quod si enim creditor per Servianam rem auferre potest, quidni etiam fructus? quamvis non tantum de domino, sed alio quoque possessore hic quæratur. Cæterum aliàs in hac tractatione distinguendum est, an hypothecaria moveatur contra ipsum debitorem, qui ipse fructus percepit, an contra alium: quod nimirum illo casu fructus etiam possint peti ut principale, siquidem semper tacito pignori obligari censentur *l. 3. C. quibus caus. pignor. tacit.* ut mirari liceat supinum errorem Fabri, qui fructus fundi pignorati etiam à domino perceptos in restitutionem venire negat, & contra iam dictum textum nullomodo obligatos esse contendit: & ex ratione illa Fabri decisio plurium textuum everteretur, veluti *in l. 13. in pr. l. 16. de princ. & l. 29. §. 1. de pignor. & l. 18. § .1. de pignor. act.* quibus textibus multa non expresiè obligata, iure tamen cuiusdam accessionis pignori obligata perhibentur. Et deceptus hic fuit Anton. Fab. *per l. 1. §. cum prædium 2. de pignor.* ubi non ideò proponitur expresiè conventum, ut fructus pignori essent, quod aliàs non essent obligati, sed ut ratio dubitandi esset ad aliud, quod ibi tractat Papin. an vigore huius pacti creditor fructus, quos percepit & consumsit bonæ fidei possessor, utili actione

P perse-

persequi possit: ostendit aliàs *d. l.* 1. §. 2. verissima esse, quod suprà disputavimus contra Fabr. in istis terminis more actionis hypothecariæ rectè dici possessorem aut emtorem esse in mala vel bona fide. Sed obruimur copia errorum Fabrilium, quos omnes confutare nimis prolixum foret, itaq; alia multa, quæ ibi peccat & nugatur contra decisionem *d.* §. 4. aliò differre necesse habemus.

Illud ex prædictis apparet, quod aliquando etiam Serviana principaliter pro fructibus obligatis competat, sive tacitè sive expressè, qui casus tractatur *in d. l.* 1. §. 2. *de pignorib.* ex quo colligitur, si ab ipso debitore percepti non sint, cessare actionem, etiam utilem, ubi emtor eos bona fide percepit & consumsit, quippe qui in dominium debitoris nunquam pervenerunt: quod Anton. Fab. *decis.* 93 *error.* 2. rectè etiam notat, sed plurima peccat *ibid. & duob. cap. seqq.* dum contendit idem esse in fructibus extantibus, & malè adeò à Papiniano tantum fieri mentionem consumtorum: idem etiã esse, utcunque fuerit quis malæ fidei possessor: imò quod qui dominus est rei nullo prorsus modo possit dici malæ fidei possessor, nec mala fide percipere fructus: quod qui bona fide percipit fructus, etiamsi supervenit scientia, rei alienæ vel obligatæ, tamen non possit eos dici consumere mala fide: quod ipsa perceptione simul censeatur quis consumere fructus: quod pro fructibus consumtis nulla prorsus hypothecaria actio, nec utilis dari possit, etiamsi ipse debitor eos consumserit: quod in actionem hypothecariam fructus post litem contestatam percepti nec officio iudicis restituendi venire possint: hæc inquam & alia plura, quæ ibi ex cerebro suo oracula scilicet fundit, erronea, falsa, & inepta sunt: quæ iam quidem spaciis exclusus iniquis prætereo, & si alius non prævertetit, nihil aliàs memoranda, & pro merito exagitanda, neque enim confutatione digna sunt, relinquo: hic saltem digitum intendere visum fuit, admonendi lectoris causa, ne pro thesauro carbones, quod in proverbio est, exosculetur.

Quod si possessor dolo non restituat rem, contra eum in litem iurari, expressum est *in d. l. si fundus.* 16. §. *in vindicatione de pign.* quem locum contra iuris nostri corruptorem Anton. Fabr. defendemus, & quæ ille certissima iuris principia & fundamenta esse crepat, nugamenta esse ostendemus *infr. de act. arbitrar.*

Disputari hic possit, an creditor ipse propria authoritate, ex conventione initio adjecta pignus occupare possit. Multa hac de re Dd. & practici præcipuè, quæ singula examinare non vacat, hoc interim dico, creditori invito & contradicente debitore id non licere, eamq; sententiam existimo esse *l.* 3. *C. de pign.* cui non obstat *l.* 11. *C. de distract. pign.* quam accipio de durante voluntate debitoris permittentis creditori rem auferre & occupare. Et omninò ita censeo, quæ sunt iurisdictionis & imperij mixti, & horum vi expediuntur, non posse deduci in conventionẽ, eo effectu, ut altera pars sibi ipsi ius dicere possit: nam quo minus debitor hoc fieri permittat, nihil impedit, veluti qui vis debitor satisfaciendo excludit officium magistratus: nego autem sufficere conventionem initio contractus adiectam, quia quod in eam deductum est objectum habile conventionum non est, ut frustra huc afferatur, quæ ab initio sunt voluntatis, postea esse necessitatis. Quæ cum ita sint, tantò magis miror, imò indignor, non paucis probari, & validum censeri pactum, quo debitor se ad carceres obstringit: ex quorum numero est Mynsinger. 6. *observ.* 51. cuius vanissimas rationes refutavimus ad Treutl. *de fideiuss. thes.* 4. *lit. f.* & tanto magis miror quod aliqui existimant hoc operari pactum, ut creditor etiam non implorato iudice debitorem in carcerem detrudendi ius habeat: sed alij paulo humanius a iudice hoc, sed tamen sine ullo processu & causa cognita faciendum statuunt. Sed utrumque falsum est: prorsus

protsus enim hoc exedit vires pacti, neque ulla obligatio jure nostro prodita est, ex qua quis experiatur, alterum in carcerem ire oportere: obligationum obiectum sunt res patrimonii nostri, & versantur circa dationem vel factum: & in faciendi quoque obligationibus nemo præcisè obstringitur, sed præstando interesse liberatur: quantò absurdius est, circa ullum processum, & institutam actionem in carcerem, quem rapi: cum ex ratione juris nostri vix ulla sit obligatio, ex qua via executiva procedatur ad capiendum pignora, vel mittendo in bona: neque ab instrumentis, quæ vocant quarentigiata ad carceres inferre possis, & illa quoq; consuetudine magis quam iure civili defenduntur. Carceratio est imperij mixti contra contumaces, coqi iniustus fuerit magistratus, & officii sui oblitus, qui inauditum in carcerem conijciat: cum hoc etiam modo prorsus eluderetur beneficium cessionis. Sed pluribus rationibus non utar, nec leviculis illis, quas sibi opponit Hunn. ad Treutl. *de benefic. credit. thes. 5.* ubi falsissimam esse ait eorum opinionem, qui negent iure debitorem se ad carceres obligare posse. Sed manum non verterim ob Hunnii iudicium, cuius rationes licet levissimas paucis refutabo. Prima est, quod omne factum honestum in stipulationem deduci possit, honestum autem esse aliquem per magistratum incarcerari. Respondeo esse ineptum argumentum, nam & in ius vocare sententiam ferre, & sexcenta talia, quæ officii magistratus sunt, honestissima sunt, & tamen non sunt obiecta conventionum: eoque maior propositio falsissima est: cæteroquin quis etiam pacto obligare se possit ad suspendium aut fastigationem. quoniam hæc honestè iubentur fieri à magistratu. Sed & non simpliciter licitum est hominem in carcerem conijcere, sed contumacem & cognita causa. Nihil autem moveor *per cap. rescriptum. 11. de iureiurand.* nam præterquam quod obstagii ius iure nostro civili & novissimis Imperii constitutionibus improbatum, olim receptum fuit consuetudine, quam Pontifex sequutus videri posit, tota etiam illius loci decisio fundatur in viribus iurisiurandi, quod omnimodo servari volunt canones. Tertia ratio prorsus inepta est *ex l. 3. §. 5. de libero homine exhibendo,* quòd non videatur dolo malo retinere, qui retinere, volentem, videatur autem volens in carcerem conijci, qui initio ita pactus est, cum conventiones postea fiant necessitatis. Etenim ex hoc ipso patet vanitas argumenti: quoniam qui necessitatur ex conventione, non amplius est volens, ut ineptè allegetur *d. §. 5.* qui loquitur de volente: falsissimum enim est, quod qui consensit apud aliquem manere, nunquam posit mutare voluntatem: & omninò oportet præsupponi ad regulam *l. sicut. C. de O. & A.* habile obiectum conventionis. Illud prorsus ineptum est, quod ex *ex l. 9. de serv. exportand. & l. si quis. 56. de contrah. emt.* affertur à iure iniiciendi manus in servum ad ius incarcerandi hominem liberum: falsissimum est, quod Hunn. replicando contra Bartol. dicit, nihil interesse, an quis in servum sub tali lege venditum, iniiciat manus, an in hominem liberum: quamvis illud de injectione manus non ita accipiendum sit, quasi per vim & propria autoritate servum alteri auferre, sed quod quis eum ex pacto sibi asserere posit. Diversissimum est, quod quinto loco adducitur *ex l. qui quatuor. 30. §. 5. de legat. 3.* de legato relicto uxori dum cum filio moraretur. Etenim hæc conditio ex affectione paterna & materna iusta & honestissima est, & nec ea tamen necessitate obstringit matrem, & per ridiculum est hinc cum Hunnio inferre, ergo pactum ad carceres valebit: & ita habitationem matris cum dilecto filio, carceri comparare. Et hic quoq, vitiosè contra quosdam replicat Hunnius, sicut mater posit non morari cum filio, ita posit creditor, si solvat liberari à

carere: ubi itidem est comparatio carceris & cohabitationis matris cum filio: & quivis intelligit, facilius esse matri omittere legatum, quam misero debitori, satisfacere. Sexta ratio Hunnij est ex Salic. *in l. antiquitas.* 14. *c. d. usufr. n.* 4. quod debitor credit[oribus] ad operas perpetuas se obligari possit. Equidem argumentum ab autoritate unius vel alterius interpretis exigui est momenti. Sed & si Hunn. inspexisset Salic. deprehendisset nullam esse consequentiam. Quippe quod ille ita accipiat pactum istud, non tantùm quod servire possit per alium, sed potius quod ex illo pacto nulla præcisa nascatur actio, sed debitor præstando interesse liberetur, adeoq; nulla inde nascatur injectio manus: quanquam Salicet non de debitore & creditore, sed indefinitè loquatur. Septima ratio eadem est cum secunda *ex cap.* 11. *de iureiur.* ad quam supra responsum est, & prorsus falsum, quod Hunn. ait, pactum obstagij validum esse: Possit alia ratio sumi ex vulgara regula, quod quilibet juri suo possit renunciare: Sed oportet præsupponi objectum habile: Et quod Dd. notant. *in l. pen. C. de pact.* inter alia fallit illa regula, ubi est præsumptio fraudis & extorsionis & renuntiatio non habet liberam voluntatem: scilicet miseri debitores indigi, pecunia nihil non faciunt, & improbi debitores nihil non ab ijs extorquent. Et hæc sententia, quod pactum eiusmodi non valeat, communis est, attestante Felino, ubi plures allegat *in d. c. ex rescripto.* 11. *n.* 13. ubi bonam addit rationem, quod partes non possunt facere, ut servetur, & ut invertatur ordo iudiciarius, & initium fiat ab executione.

XXXIX.

Hucusq; de actionibus ex iure pignoris. Superest ex prætoris actionibus in rem ea, quæ præponitur in §. *si quis 6. Instit. de act.* qua revocantur alienata in fraudem creditorum, quæ dicitur Pauliana.

Consentiens hactenus omnium fuit opinio, quod actio, de qua *in d.* §. sit actio revocatoria, de qua tractatur *sub tit. Dig. & Cod. de his, quæ in fraudem credi[t]orum.* Et nescio annon primus hinc discesserit Donell. *in d.* §. 6. ubi contendit eam non esse Paulianam, sed hypothecariam, qua quæ pignore prætorio tenentur, amissa possessione vindicentur. Donellum sequuti sunt Forster. *in disput. ad instit. lib. 4 disp. 3. thes. 6. Hunn ad Treutl. de benefic cred. th. 5.* ait ibi primò, quod pleriq; pragmatici putent ibi tractari de actione Pauliana: sed nescio quos ille pragmaticos intelligat: etenim fuit illa Interpretum omnium à nata Jurisprudentia Justinianea opinio. 2. ait, iudicio suo eos turpissimè hallucinari, & toto cælo aberrare. Parcius ista Hunni, non ille tu es, qui adeò arroganter insultes magnis JCtis, quos in hanc opinionem optimæ rationes deduxerunt. Sed benè habet, quod ais, meo judicio: sit sane ita tuo judicio, sed aliter catuli olent, aliter sues. Et Forsterus pro Donelli sententia, ex ipso Donello, has eruditissimas, ut ipse loquitur, adfert rationes: Prima principalis est. Traditur *in d.* §. actio in rem: Atqui Pauliana non est in rem. E. &c. Equidem potius quàm ut absurdum eam Donelli opinionem defendam dixerim cum Anton. Fab. *decis.* 93. *error.* 5. & 10. *coniect.* 16. peccatum hoc esse à Tribon. qui hanc actionem retulerit inter reales: quæ videtur opinio Zasij *ind.* §. *in princip.* ubi ait Justin. eam actionem proposuisse, propter similitudinem, quam in genere habet, cum actione, de qua agitur *in* §. *Si.* quod sc. utraque sit rescissoria, sed nec assumtio argum. simpliciter vera est, sed eam Forster tripliciter confirmat. 1. Pauliana non semper datur.

datur in possessorem. Actio in rem semper datur in possessorem. Hinc sequetur conclusio. E. actio in rem non est Pauliana: utique ita non rectè probatur assumptio. Sed & vitium est in forma, & major est particularis in secunda figura. Cæterùm ego ita concludam. Pauliana actio aliquando datur contra tertium possessorem: Atqui actio personalis non datur contra tertium possessorem. Ergò actio Pauliana non est personalis. Ergo hæc probatio nulla est, nisi ostendas, Paulianam actionem nunquam dari contra tertium possessorem. Altera probatio minoris est, Actio in rem non datur in hæredes, quà hæredes. Atqui Pauliana datur. E. Resp. quod iuxta *l. ait prætor. 9. §. ult. cum l. seq. quæ in fraud. cred.* ea detur in hæredes non ex ipso Edicto, sed ex productione Cassij, & tantum in id, quod pervenit: nam & pœnales actiones præter naturam suam hactenus in hæredes dantur. 3. probatur minor: Si est in personam, Ergo non est in rem: atqui est in personam *argum. l. 38. §. 4. de usur. iuncta l. 1. §. 26. si quid in fraud. patron.* Præstitisset hos textus rectà adducere, quoniam inepta fit probatio: est in personam, quia est in personam. Sed miror hac ratione uti eum, qui admittit actiones mixtas in rem & in personam: ita enim concludam: actio finium regund. vel commun. divid. est in personam, ergo non est in rem. Et istæ rationes probant quidem, non esse purè realem, sed nullo modo realem esse, non probant: siquidem hæc actio datur contra tertium possessorem quemcunque, ex causa lucrativa: neque simplex scientia in causa onerosa sufficere posset, si actio merè esset personalis. Itaq; dicam, hanc actionem mixti esse generis, neque tam nativam, quam dativam: formatam à prætore, prout æquitas utilitasq; suasit, ut ne nimis faveret creditoribus & possessoribus iniuriam faceret, nec nimis etiam creditores gravari permitteret. Et si Justin. credimus, videtur hæc actio quasi nomine debitoris dari, cuius quasi jus per generale pignus in bonis, in creditores translatum est, cum propinqua spe ea vendendi, quo casu curatores bonis dari solent: id enim arguit formula agendi in *§. item si quis. 6. Instit. h. t. in fin.* quamvis illam formulam omnibus casibus, quibus actioni Paulianæ locus est, accommodari non posse, facile concedam. Altera ratio principalis est. In Pauliana requiritur fraudis participatio, nisi causa sit lucrativa: At in *§. 6. h. t.* non requiritur. Verum hæc ratio non erudita, sed omninò vana est: quoniam propositio ipsa ostendit, non semper requiri participationem fraudis, neque Justinianus paucissimis verbis, & brevi §. omnia requisita proponere, & accuratè casus distinguere aut voluit aut potuit. Tertia principalis est. Pauliana non requirit, ut bona sint à creditoribus possessa: at in *d. §.* requiritur, Ergo. &c. Resp. in hoc argum. aut maior est falsa, aut vitiosa homonymia & fallacia est: quoniam in *d §* verba, *bonis eius à creditoribus possessis*; non referenda sunt ad tempus, quo debitor rem alienavit, quasi ad illam actionem necessarium esset, bona post primum decretum, alienata esse. Sed pertinent ad tempus movendæ actionis Paulianæ, quæ tum datur, ubi bonis possessis apparet debitorem non esse solvendo. Cæterùm quod in *d. §. de act.* Pauliana non de propria aliqua hypothecariâ agatur, apparet inde, & 1. ex verbis *. si quis in fraudem creditorum*, quomodo etiam rubr. D. & C. inscripta est, eoque arguit actionem Paulianam. 2. quod proponitur hæc formula, ut creditores petant rem rescissa traditione, & dicant eam traditam non esse, & ob id in debitoris bonis mansisse: huiusmodi enim formula inepta & inutilis fuerit in actione hypothecaria, quæ inhæret rei, non obstante etiam jure dominij. 3. quoniam necesse est in *d. §. 6.* proponi actionem Paulianam: aut si hypothecaria est, Servianam vel quasi, aut specialem quandam hypothecariam

Atquin illa esse non potest, quippe de qua agitur *in §. 7.* specialis autem actio & propria hypothecaria præter Servianam, vel quasi, nulla toto iure nostro ostendi potest. Neq; nobis licet fingere novas actiones, præsertim extra necessitatem, cum sufficiat, quasi Serviana pro restitutione rerum: quarum semel apprehensarum possessionem vel detentionem creditores amiserunt, ut supra diximus *ex l. 2. in fin.* C. *de pignor præter.* sed ea sufficere non potuit, ad revocandas res, quas in fraudem creditorum debitor à se possessas alienavit, itaque ad hoc speciali actione Pauliana opus fuit.

XL.

Diximus hucusq; etiam de iure pignoris. Restare videbatur ius postremum in re, possessio.

Referri huc solent interdicta, quæ sunt remedia possessoria, de quibus etiam hoc ordine agit Forster. sed vereor, ut non satis bene. Est quidem possessio ius aliquod in re, verum longe diversa huius iuris à cæteris conditio & ratio. Nimirum interdicta quædam sunt adipiscendæ possessionis, quæ etiam magis propriæ sunt in rem, sed non ut iure pignoris aut dominii ante constituti & acquisiti rem persequimur, ita iure possessionis ante acquisitæ, interdicta ista movemus, sed pro possessione consequendâ, quam nunquam habuimus, & hoc ipsum tum dominii, velut in interdicto quorum bonorum, tum pignoris iure, veluti in interdicto Salviano. Cæterùm qui deiicitur, & habet interdictum recuperandæ, habuit quidem possessionem, sed non ut dominium & pignus, penes nos manens, utcunq; res penes alium exstet: ita & possessio, sed ea res fragilis, ubi quis deiectus est, ut facultatem insistendi rei amplius non habeat, amittitur: ex quo fit, ut iure possessionis quam amisimus, contra quemcunque possessorem consistere non possimus. Sola interdicta retinendæ possessionis dantur vigore possessionis adhuc durantis contra turbantem quemcunque, & possessionem sibi etiam asserentem. Erit fortasse infra commodior de Interdictis, & actionibus in factum, dicendi locus.

DISPU-

DISPVTATIO IV.
DE ACTIONIBVS IN PERSONAM.

Et in specie.

DE CONDICTIONIBVS.

Respondente

GEORGIO ERNESTO à WEDEL.

THESIS I.

FVerunt hucusque actiones in rem, civiles & prætoriæ: sequuntur actiones in personam, quas in specie olim condictiones dictas (*a*) ait Justinianus, earumq; formulam & intentionem, & scilicet relatam, ut dictum disp. 2. thes. 5. hanc proponit: aio Titium mihi dare facere oportere (*b*)

(*a*) §. *appellamus.* 15. *Inst. h.t.* ubi docet condicere veteribus idem fuisse quod denuntiare. Id quidem Hottom. *in d.* §. 15. ex iuris antiqui ratione eò refert, quod olim iudice dato partes & litigatores sibi invicem denunciabant in tertium sive perendinum diem, ut iam vulgo notum est *ex Padiano in tert. orat. Cic. in Verrem*, & *ex Festo lib.* 3. ubi condicere est, inquit, dicendo denunciare, & condictio in diem tertium eius rei, de qua agitur, denuntiatio: notant etiam *Rosinus & Dembsterus lib.* 9. *antiquit. Rom. c.* 15. Et quoniam hinc apparet, commune fuisse actionibus in rem, ideò Hottom. ibid. putat condictionis verbum proprium factum esse actionibus in personam, eò quod actiones in rem proprium nomen aliud, vindicationem haberent. Sed istam rationem dubiam facit 1. quod condictio non fuit commune nomen

men actionum in rem & in personam, sed denuntiationis illius, quæ in utraq; actione usurpabatur, & nullo modo vindicatio dici potuit. 2. quia non convenit sententiæ Justin. *in d. §. 15. in fin.* dicimus, ait Justin. hodie actionem in personam esse, qua actor intendit sibi dari oportere, nulla enim hoc tempore eo nomine fit denuntiatio: quæ verba satis perspicue se referunt ad denuntiationem super dando vel faciendo, non autem conveniunt veteri illi denuntiationi ad iudicem pedaneum: itaq; non est improbabile, olim usitatum fuisse, ut creditor antequam iudicio experiretur, prius denuntiaret debitori, ut sibi satisfaceret, quod confirmatur ex *L. debitores* 10. C. *de pignor.* ibi *prius denuntiationibus conveniendi sunt:* idq; ita acceperunt veteres Interpretes, qui communiter ad illum §. notant, denunciationes non amplius esse necessitatis, sed urbanitatis v. Jas. & apud eum allegatos *in §. sic itaq; de act. n.* 41. ubi in seqq. notat, si tamen quis non denuntiaverit, eum non posse petere & consequi expensas: idem *Ias. in L certi*, 9. *in pr. de reb. cred. n.* 4. Solent autem conditiones in usu iuris nostri dici, actiones personales, quibus contra dominum agimus, & sunt vel speciales, vel generales, de quibus postea agemus.

(*b*) Formula scilicet illa disiunctim accipienda est, quomodo etiam proponitur *in §. 1. & in §. appellamus* 15. *in princ. Inst de act* Illa autem, *dari oportere*, frequentius occurrit, veluti *in §. sic itaq;* 14. *§. plus autem.* 33. *& §. si minus. Inst. h. t. §. 1. & §. præterea.* 3. *Instit. de except. l. si unus* 19. *de servit. rustic. præd. l. 1 §. idem Iulianus.* 7. *de eo quod cert. loc l. ult. §. 1. de reb. cred L si duo.* 93. *in pr. de solution.* quod ita expressit Theophil. *tit. Instit. de his, per quos agere possum.* & *in d. §. Instit. h. t.* εἰ φαίνεται δῶναι χρῆναι: & cum tam multis locis fiat: mentio tantum *dandi*, existimare quis possit, suspectum esse illud, quod *in §. 1. & 15. Instit. h t. de faciendo* dicitur. Licet enim constet in stipulationem non tantum res, sed etiam facta deduci *§. ult. Inst. de V. O. l. 2. in pr. D. eod.* attamen, facta ipsa magis censentur esse in solutione, ut proficiant reo ad liberationem, si fiant ante litis contestationem, quam in obligatione, certè in ipsam petitionem non videntur deduci, sed id quod interest tantum, ut ostendimus *ad Treutl. de verbor. oblig th. 1 inf.* interesse autem non fieri, sed dari dicitur. Verum temerarium fit tale quid affirmare, contra duos expressos textus Justin. quin etiam contra rationem quoniam in formula illa, *aio te facere oportere.* nuda continetur intentio, quæ præcedit litem contestatam, & utique quod promissum erat, id prætori significandum, & apud eum proponendum erat: quin & amplius, quod utique reus negare poterat promissum, oportebat etiam à prætore hoc inferi, hoc fortassis modo: *si paret reum facere debuisse, nec fecisse, quanti interest condemna:* hoc enim interesse hic puto, quod prætor ex hypothesi facti promissi & probati, non in ipsum factum, sed id quod interest, iussum de condemnando dirigebat. Hottom. *in §. sic itaq; Inst. h. t.* videtur mixtam hic admittere formulam: *quod te mihi dare facere oportebit:* quod non improbaverim, si *dare*, scilicet id quod interest, tanquam subrogatum faciendi accipiatur. In istis autem formulis receptum est, quod verbum *dare*, significet dominium transferre *l. ubi* 75. *§. ult. de V. O. d. §. sic itaq;* 14. *Instit. h. t.* ubi tamen quod Justin. ait, neminem ita posse petere rem suam, *si apparet eum mihi dare oportere*, referendum est ad formulas veteres, & proprietatem verborum: cæterum cum verbum *dare* generalius sit, sublatis hodie formulis poterit tolerari petitio, qua quis rem suam sibi dari debere intendat: nam & verbum tradendi generale est, & ex mente loquentium, & qualitate naturaque contractus, sub traditione dominij quoque translatio intelligi potest, ut tractat *Ias. in d. §. sic itaq; n.* 15. & alia quædam eo pertinen-

pertinentia *ibid. num.* 10. & 11. Illud quoque dubium, an ista formula, aio te facere oportere, conveniat & accommodata sit omnibus actionibus in personam. dubium faciunt actiones V. C. commodati, depositi pignoratitia, &c. quippe quibus cum dominus agat, nec intendi potest *dari oportere*, neque sub appellatione facienda restitutio rei rectè contineri videtur. Possit quidem in specie intelligi restitutio ex causa obligationis praecedentis, quae opponatur causae dominii vel pignoris. Verum hoc modo, *facere*, non erit proprium actioni in personam: neq. ego mihi persuadere possum, verbum faciendo, in illa formula ita latè usurpari, iuxta quam acceptionem, omnes actiones in rem hanc formulam rectè admitterent: quamvis sint & ex eorum numero *Anton Fab. lib.* 10. *coniect.* 10. qui ita crassè & planè non iuridicè loquantur, & actionem ad exhibendum, petitionem haereditatis, quod metus causa, hoc argumento personales esse contendant, quod in iis ad exhibendum & restituendum agatur quo nihil absurdius dici potest. Hottom. *suprad. loc* & *in* §. 1. *Instit. de act.* notat rem commodatã & depositam duplici iure peti posse, dominii *arg. l.* 9. *de rei vindic.* & obligationis, ita hoc casu non ipsae res, sed quantum earum nomine aequum est nobis dari, petatur. Sed vix videtur admittendum, quod hoc casu aestimatio tantum, non etiam ipsae res iure petantur. Fortassis, sicut formula, quae *in d.* §. 1. proponitur, *aio hanc rem meam esse*, non exhaurit omnes actiones in rem, siquidem illa formula non convenit actioni hypothecariae: ita haec formula, *aio te mihi dare facere oportere*, non in omnibus actionibus personalibus locum habet: ut existimari possit Iustin. *in d* §. 1. adiecisse haec verba, & *aliis quibusdam modis*: ut haec ad illas actiones referantur, quibus illa formula non quadrat: cum praesertim in tanta diversitate actionum personalium, certa, & ex aequo omnibus competens formula dari nec posse videatur. Et hinc formulas illas ordinarias referemus ad condictiones, quae praecipuam partem faciunt actionum in personam. & cum plerisque specialibus actionibus concurrunt, adde *notata inf. hac disp. thes.* 4. Contemno autem hic iudicium Ant. Fab. qui 19. *coniect.* 20. prorsus improbabile esse ait, ut iam dicta verba, *aliis quibusdam modis*, propter eas actiones adiecta statuamus, quibus aliquid restitui vel exhiberi petitur: quoniam, inquit, ista omnia faciendi verbo continentur. Equidem ubi in his nudum factum spectatur, quod spectari posse docet *l. stipulationes.* 72. *in pr. de V. O.* habet istud aliquem colorem: caeteroquin crassa illa sententia Fabri est, siquidem in actionibus in rem, restitutio rei vel maximè venit, quin & generalius accipiendo verbum *facere*, sub se etiam *dare* continere potest, ut ostendit *l. verbum.* 118. *de V. sign.* ut inde appareat, quam ineptè Fab. istum textum pro sua sententia adducat; (ita enim obligationes dandi & faciendi turpiter confuderis;) nec magis ipsum iuvant *l licet.* 58. & *l. faciend.* 175. *eod. tit.* & prorsus infirmae probationes ex eiusmodi textibus deducuntur: & longè ineptior est sententia Ant. Fab. quid. loc. verbis illis, actiones in rem scriptas significari putat.

II.

Ea verò qualitas formulae inde descendit, quod obligatio ipsas plane personas contrahentium afficit.

Ut videlicet nec contra alium ex obligatione agi, nec alius agere possit: nam & actio in personam non potest egredi personam debitoris, sed semper est adversus eundem *l. actionum* 25. *in princ. de O. & A. l. pen. C eod.* & sequitur debitorem ut lepra leprosum, quemadmodum loquuntur Interpretes, & Jas. *n.* 2. *in* §. *omnium* 1. *Institut. de act.*

de act. & nonnisi ipse qui contraxit, agere potest, adeò quidem, ut actio semel uni quæsita ei inseparabiliter cohæreat, & sit affixa ossibus eius, sicut character Baptismatis & aliorum Sacramentorum, quomodo post gl. sed fortassis parum piè loquitur *Ias. in d. §. 1. num. 2.* quæ adeò obtinent, nec expressa conventione partium fieri possit, ut alius obligetur, vel alteri obligatio & actio quæritur §. 3. & 4. & 18. *Institut. de inutil. l. stipulatio. 38. §. alteri 17. de V. O.* licet hic sint exceptiones de quibus agere huius loci non est. Obligationes ita comparatæ sunt, ut eas oporteat radicari in persona agentium *argum. l. quacunque. 11. de O. & A.* ex quo fiebat, ut actio ab hæredibus & contra hæredes incipere non posset & nemo adeò post mortem suam vel debitoris, utiliter stipularetur *§ post mortem 12. Institut. de inutil. stipul.* quod tamen mutavit Iustin. *d. §. 12. & l. un. C ut actiones ab heredibus.* Unde etiam est quod exceptis certis casibus, nec per procuratorem actio domino quæritur, sed cessione opus est *l possessio 49. §. 2. de acquir. possess.* deficit enim hic medium legitimum & habile, per quod actio transferatur Et hinc communiter Dd. *Iaso Zas. & alii in l 1. §. per procuratorem. 20. de acquir. possess.* rationem differentiæ reddunt, propter quam sine ulla cessione per procuratorem, & porrò etiam dominium mandanti acquiratur *§. pen. Inst. per quas pers. acquir. l. 1. & 8. C. de acquir. possess.* quoniam intervenit hic actus naturalis, traditio & apprehensio. ita ut alius hac in re operam & ministerium nobis præstare posit: ex quo etiam fieri notant, quod per numerationem meo nomine factam mihi actio quæritur *l. 9. §. pen. de reb. cred.* Hæc obiter & in genera dicta ad demonstrandam illam personalitatem pertinent.

III.

Educitur hinc differentia inter dominium & obligationem, & utriusque effectum, qui in actionibus spectatur: quod scilicet dominium & actio directa omnino de persona in personam transit, & non ita obligatio & actio in personam.

Quoniam ut diximus actiones personales ossibus creditoris inhærent, non ita autem actiones in rem, sed hæ omnimodo sequuntur eum, qui acquisivit ius in re, quod ita comparatum est, ut ab alio prorsus & in solidum discedere posit: & ut existimo, non ita, quasi à persona una migret in aliam, sed quod in persona novi acquirentis novum dominium existere incipiat. licet videantur dissentire Dd. ita enim *ex Raphaele Cumano* tradit Jas. *in d. l. 1 §. per procuratorem. 20. de acquir. possess* quod idem dominium transeat in accipientem, quod prius fuit in tradente: & hoc differre notat dominium à possessione, quæ tanquam res fragilis statim evanescat, & nova in accipiente existere incipiat. Huic autem, quod de personalitate illarum actionum diximus, obstare videtur, quod passim in iure nostro de cessione & mandato actionum etiam in personam legimus, cessio autem est modus transferendi de persona in personam. Non indigna res est, quæ hic paucis, & solidè tamen explicetur, quod præsertim non paucos ignorantia iuris non leviter errare animadvertam: Nimirum ita iure nostro obtinet, ut in omnibus, quæ hinc traduntur, hinc acquiruntur, iustam causam, titulumque & traditionem aliquam proportionatam intervenire oporteat: hoc in rebus corporalibus evidentius est, nec minus tamen etiam contingit in rebus incor-

corporalibus, veluti servitutibus, quæ præcedente aliqua causa & sequente, non quidem naturali, sed subtili quadam traditione & apprehensione, quam natura earum admittit, acquiruntur. Itaque ubi actiones transferendæ sunt, aliquid simile traditioni intercedere oportet. Habent autem hoc proprium, quod ut sæpe diximus, à persona primi acquirentis avelli plane non possunt, ideoque ficta illa traditio, vel quod traditioni simile est & analogum, non operatur plenam translationem, sed potius simplex exercitium actionum, & consequenter ex persona creditoris: & hoc dupliciter, vel ut exercitium spectet utilitatem creditoris, vel illius qui experitur. Prius locum habet in simplici procurator, posterius in procuratore, qui dicitur in rem suam: etenim traditio illa actionum, de qua diximus, fit per mandatum, per quod actiones quatenus possunt in alium transeunt: & rectè *Hottom. lib. 6. observ.* 16. transferre, cedere, mandare & præstare actiones, pro synonymis in iure nostro usurpati docet. Licet enim fortassis antiquitus solennia quædam verba & ritus in cessione actionum intervenerint, postea tamen suffecisse mandatum, de exercendis actionibus verisimile est, & confirmatur *ex l. Modestin. 76. d. solut. l. 3. C. de novat. l. sicut* 21. *C. de fideiuss. & l. cum alter.* 11 *iuncta l. mandat.* 14. *C. eod.* & ex aliis quæ d. loc. tractat Hottom. Et ut ad rem nostram accedamus propius, inter duas illas species procuratorum, simplicem & in rem suam, hæc differentia est, quod in illo nullo opus est in titulo, cum nihil ad ipsum pertineat sed procurator in rem propriam, nonnisi iusta causa præcedente constituitur, veluti dotis *l. 2. de O. & A.* dationis in solutũ *l. 3. C. de novat. l. 6. C. de O. & A. l. ult. C. quando fisc. vel privatus*, donationis *l. per diversas.* 22. *in fin. C. mandati l. 2. C. de donat.* venditionis *l. 3. 7. & 8. C. de hæred. vendic. l. venditor.* 23. *in pr. & §. 1. D. eod.* legati *l. ex legato* 18. *C. de legat.* His omnibus casibus, non secus ac in rebus corporalibus sequebatur traditio, ita v. c. venditor nominis, donator in solutum dans, testatoris hæres, &c. solebat & tenebatur cedere actiones emtori, donatario, &c. *d. l.* 23. *de hæred. vend. d. l. 2. C. de donat. §. tam autem.* 21. *Institut. de legat.* atque ita quasi tradendo procuratorem in rem suam alterum constituere, quod & *gl. notat. in d. l. 2. de Oblig. & A.* qui scilicet ut diximus actionem directam, quæ nihilominus penes creditorem manebat, ex persona creditoris institueret *l. ult. C. quand. fisc. vel privat.* ut videlicet contentio ex persona creditoris sumeretur, sed in commodum agentis, ut eleganter hoc explicatur *in l. qui stipendia.* 9. *C. de procurat.* Verum eveniebat ut emtoribus nominum & actionum, legatariis, &c. ad quos commodum actionis spectare debere, ipsa ratio & æquitas suadebant, sæpè non satis esset consultum: veluti si actiones non fuissent mandatæ si creditor concurreret cum cessionario, etiam post mandatas actiones (quoniam cum ex persona creditoris mandantis experiri necesse haberet mandatarius, potior erat, qui ex persona propria actiones movebat) si fortè exceptionibus quibusdam summi iuris, repelli possit ipse mandans, (hæ enim obstabunt ei quoque, qui ex persona eius agit,) si mandans sine hærede defunctus sit, ut ex persona eius actio institui non possit, velut in specie *l. 1. C. de Obligat. & A.* His casibus, & si qui sunt alii eiusdem generis, cum vel deficerent vel non sufficerent directæ actiones: æquitate suadente utiles actiones dari & accommodari placuit. *d. l.* 18. *C. de legat. l. 5. 8. C. de hæred. vendit. l. procuratore.* 55. *de procurat.* Verum, quod præcipuè hic notandum est, hæ utiles actiones non competunt ex simplici venditione aut donatione, tum quia nudus titulus nihil potest transferre, tum præcipuè, quia utiles actione non erant penes venditorẽ vel donatorem; sed ex constitutionibus & rescriptis principum: ut evidenter probatur *ex l. 1. C. de hæred. vend.* ibi, utiles actiones emtori tribui pla-

bui placuit. *l.7.C.eod.* visum est utiles dandas actiones: Et *l.8. eod.* ibi, utilis secundum ea, quæ pridem constituta sunt tribuitur: & *ex l.2. C. de O. & A.* ibi, utilem actionem dari oportere sæpè rescriptum est, & in terminis *ex l. si cum emtore. 16. in princ. de pact.* ubi à divo Pio rescriptum dicitur utiles actiones emtori dandas: qui locus eum cæteris simul hoc ostendit, id ab Imp. Pio primo in emtorem constitutum, postea ad alios, in quibus eadem militaret ratio, productum fuisse. Hinc *in l. 1. C. de O. & A.* quia qui actiones mandaverat, mortuus erat sine hærede, ita ut ex persona eius actio institui non posset, itaque actio directa cessaret, (quam adeo nonnisi ex persona cedentis moveri posse, concluditur, necessariò *ex d. l.1.* actio autem in commodum alterius mandata, morte mandantis non finitur) utili actioni experiundum esse rescriptam est. Et hinc etiam utiles actiones nomine moveri proprio traditum est *l. u. t. C. quand. fiscus vel pr procuratore. 55. D. de procurat.* & consequenter non sunt ex cessione: quia omnis actio, quæ cessionis iure, & quâ cessa intentatur, ea nomine cedentis, ut proponatur necesse est; ex quo etiam, agere tanquam procuratorem in rem suam, & actionibus utilibus experiri, in jure nostro videmus opponi *l. 8. C. de act. vel hared vend. l. ult. C. quand. fisc. vel priv.* Ex quibus error Dd. coarguitur, *Iason Bart. Salicet. Castr.* & aliorum *in l. qui stipendia. 9. C de procurat. & in l.1. & 2. C. de O. & act. & in §. 1. Instit. de act. in pr.* & alibi passim in textibus supr. allegatis, ubi licet agnoscant utiles actiones aliquando sine cessione competere, & eas potius dativas esse quàm nativas: nihilominus tamen etiam ex cessione utiles actiones transferri dicunt, & nescio quibus nugis & distinctionibus rem involvunt: & suavis est Jas. qui *in d. l 9. C. de procur.* tres facit species procuratorum in rem suam: quando sunt mandatæ directæ actiones & cessæ utiles, quando solum sunt cessæ utiles, & quando solum sunt mandatæ, directæ. Et errat etiam hic *Donell. 15. comm. 43.* ubi sola venditione actiones transferri putat. Sed gravius aberravit hic Hunn. *in resol. ad lib. 4. l. pen. de cess. act.* nec tempero mihi, quin studiosorum gratia errores illos, ut ab ijs sibi caveãt, proponam. Et 1, tradit mandare, & cedere differre tanquam speciem & genus, & quod actiones quædam cessæ non sint mandatæ. Sed contra se habet, ut in omni cessione insit mandatum, & cessio aliquid plenius & efficacius designare omninò videtur. Remittit autem se ad quæst. seq. qua tractat, an cessionarius habeat directas an utiles actiones. Ea quæstio non difficilis, ut Hunn. ait sed ex supr. dictis facilis & expedita est, quod qua cessionarius nonnisi directas habeat, sed insuper etiam utiles ex rescripto. Ideoq; ineptè allegantur textus, in quibus utilis actio proponitur: tum quia ob id excluduntur directæ, tum quia illi textus loquuntur in terminis, quibus actio cessa & mandata non est. Ipse autem Hunn. ita distinguit, quod per mandatum transferantur actiones directæ, sed alijs modis verbi causa vendendo, donando, in solutum dando, &c. dicantur cedi actiones non mandati, & transeant utiles. Verum nimium quàm crassus & multiplex hic error est. Etenim 1, hoc modo opponendo mandatum & venditionem, mandatum pro titulo etiam habere videtur, quod absurdum est. 2. quia omnis cessio transfert exercitum directæ actionis 3. quoniam utiles actiones, quippe quæ non sunt penes creditorem, non possunt dici transferri, neque illæ ex cessione ullo modo, sed sunt ex rescriptis Imperatorum. 4. quoniam nudus titulus, v. c. venditio, non potest operari translationem actionis. Illud quoq; erroneum est quod Hunnius existimare videtur, actiones directas etiam ex propria cessionarij persona exerceri posse: item quod putat, actiones directas tantum exerceri posse in commodum cessionarij: quam eius sententiam esse, inde perspicuum est, quod distinguit

inter-

inter procuratorem simplicem,& in rem suam, & hunc quidem etiam directis, sed illum & scil. simplicem procuratorem tantum utilibus actionibus experiri posse affirmat.& paulò superius hoc constare ait, quod procurator non habeat directam actionem,sed utilem. Quomodo & unde illud Hunn.constet, non despicio:sed ex adverso mihi constat,nihil falsius & à principiis iuris nostri alienius dici posse: quinimò contra ita se habet,ut procurator,qua talis,tantum habeat actiones directas, non utiles,& perspicua ratione,quod utiles nomine proprio competant, contradictoria autem hæc sunt,experiri nomine proprio,& procuratorio, eaque de causa hæc *in l. ult. C. quand. fisc. vel priv.* & alibi inter se opponuntur. Sed crassior hic est error,& evidentior, quam ut pluribus confutari debeat vel ipse,. vel ratio qua eum confirmare vult Huon. quod procurator simplex,non experiatur contra debitorem suum: quoniam hinc ineptissimè concluseris,non esse locum actioni directæ, quippe quæ movetur ex persona creditoris. 5. tractat Hunnius,an præter venditionem, quam ipse cessionem appellat,aliquo alio opus sit,ad transferendam actionem. Hæc verò quæstio ex hypothesi,quam Hunn.statuit,ineptissima est,siquidem cessio non aliud est, aut esse potest, quam actionis traditio: itaque cessione præsupposita verissima est, Donelli,male ab Hunnio improbata sententia,alia traditione opus non esse: sicut inepta planc illa Hunnii, quod accedat loco traditionis patientia creditoris. Etenim, cum certissimum sit,non mandatis actionibus,directis locum non esse, utiq; hoc falsum esset,si patientia creditoris operaretur effectum traditionis: ad utiles autem actiones patientia creditoris nihil facere potest,quia iure proprio eas habet, non à cedente,sed ex rescripto. Quarta quæstio Hunn.an in cessione vel mandato requiratur consensus debitoris,prorsus inanis est,quia certo iure decisum, & ignorante & invito debitore fieri posse *l 3.C.de hæred. vend. l.C. de novat.* ratione manifesta, quod post acceptum ius constituendi procuratorem, & agendi per alios, non potuit negari ius credendi & mandandi actiones. Nec quisquam hic dissensit, sed leviusculas aliquot obiectiones proponunt, quas quivis facilè dissolvat, & inter eas hæc præcipua videtur,quod non liceat debitori substituere alium reum, *arg. l. 25.C. de pact. & l. 2. C. de hæred. vendit.* cui etiam respondimus ad Treutl. *de procurat. thes.1.lit.a.* & iam hoc addimus, quod etiam invito creditori alius reus cum cautione de iudicato solvendo obiici possit,quoniam quisvis absentem rectè defendit. Errat autem ibi Hunn. dum per solam stipulationem delegationem fieri ait: quoniam imò etiam fit per litis contestationem *l delegare.11. de novat.* Quinta quæstio Hunnij,an post mandatum vel cessionem actiones maneant penes creditorem,itidem prorsus inanis est, & ratione dubitandi caret:quoniam iam sæpe diximus,actiones directas non posse avelli à creditore,& earum tantum exercitium in mandatarium transferri. Sexta quæstio est, quis in concursu utriusque v. c. venditoris & emtoris nominis præferatur: (Etenim simplici procuratori ante litem contestatam,dominum præferri indubitatum est) & distinguendum videtur, an experiatur emtor utilibus actionibus, & procul dubio præfertur,quippe agens nomine proprio *l. procuratore 55 de procurat.* an verò directis, & cum hæ moveantur ex persona venditoris,hic præferendus videatur: quamvis cum petitio dirigatur in personam propriam,fortè cessionarius sit præferendus. Hæc autem Hunnii ibid.falsa sunt 1 quod cessionarius ex mandato & cessione utiles habeat actiones. 2. quod post mandatas actiones res non sit amplius integra: quoniam ita nec simplex procurator revocari posset. 3. quod ideo post litem contest.non admittatur mandatarius, quia mandans per litis contestationem sibi acquisiverit novam

judicati actionem: hoc enim falsum & absurdum: & ratio certa est, quod actio quam adhuc directam habeat per litis contestationem in eius personam firmata est. Sed nimis longum foret omnia persequi, quæ hac in re peccat Faber, ideoque abrumpam, si prius eiusdem generis errorem imò plurimis errores cumulatos Antonij Fabri confutavero. Disputat ille 12. *conject.* 6. contra receptam interpretationem *l. 3. C. de novat.* Imò contra ipsum textum, qui probat eum, qui mandavit vel cessit actiones, præveniere posse, antequam cessionarius litem contestatus sit, vel debitori denunciaverit, vel partem debiti acceperit. Putat autem Faber absurdum esse, ut non præferatur, qui utiles actiones habet nomine proprio, imò esse contra *d. l. 55 de procurat* ideoq; dictum loc. vult accipi, non de eo, cui actio cessa est, sed tantum cui actiones mandatæ sunt sive simpliciter, sive in rem & utilitatem mandatarii. Verum 1. ineptum est, ut occasionem cavillandi habeas, explicare textum de concursu, de quo ibi non quæritur, sed non tantum dicitur, eum qui directas retinuit actiones, extra casus ibi propositos, cum effectu eas movere posse. Deinde crassus iste error, & à nobis sæpè refutatus est, quod mandatario actionum non sint cessæ actiones. 3. erroneum est quod existimat, is quibus nomen venditum, in solutum datum, donatum vel legatum fuerat actiones non fuisse mandatas. Quartò, falsissimum est, quod hi quibus actio iusto videlicet titulo præcedente mandata erat, non habuerint etiam utilem actionem: & adeò vitiosa prorsus oppositio est, habere mandatas actiones, & habere post venditionem vel donationem utiles, utramque enim concurrere. licet altera nomine alieno, altera nomine proprio intentetur. ex textib. sup. citatis plusquam manifestum evadit: præcipuè *ex l. ult. C. quand fisc. vel priv. l. 1. C. de O. & A.* licet istum errorem sæpè repetat Fab. & quamvis ex iusto tit. præced. commodo alterius actiones mandatæ sint, utilibus actionibus locum non esse aperto errore contendit. Illud iam sæpè reputavimus, quod idem sit nomen vendere & actiones cedere, quam errorem hic quoq; errat Fab. & actiones utiles ex cessione competere falsò affirmat, simul & turpiter sibi contradicit, dum ipso iure competere utiles ait, ita ut cessione speciali non sit opus: quod si ita est, ut omninò est. & ex rescripto sunt utiles actiones, prius illud falsissimum esse oportet. Ait porrò Fab. ubi mandatæ sunt actiones, fieri non posse, ut ex mandato directarum utiles competant, sed directæ tantum, quæ competant potestate mandati, ut novæ cessioni locus non relinquatur. Prorsus ineptè: quoniam non dicimus ex mandato esse utiles actiones. & inepta hæc est repetitio erroris illius, quod hæ sint ex cessione, nec possint concurrere cum directis. Pergit Fab. & hanc ait esse sententiam *l. 3.* si creditor actiones suas duntaxat, mandaverit procuratori sive nudo sive in rem suam constituto, nulla tamen nominis cessione facta, non esse prohibendum creditorem actiones exercere. Quæ malum, istæ nugæ sunt: nam & supra probavimus, mandatas actiones esse cessas: & ponamus nomen venditum, constat utique ex ea causa mandari posse. & solitas mandari fuisse actiones *ex l. ult. C. quand. fisc. vel priv l. 2. C de donat. l. 1. C. de O. & A.* ex quibus ipsis textibus constat etiam hoc casu utiles actiones competiisse: & quænam igitur hic amplius necessaria erit, aut fieri poterit cessio, quàm ineptè & imperitè statuit Fab. eiusdemque generis & illud est, quod ait mandatis actionibus, procuratorem etiam in rem suam constitutum nihil præstare, nisi nudum ministerium: neque enim hoc verum esse potest, in eo, qui in suum commodum petitionem & actionem dirigit iuxta *l. 9. C. de procurat.* & insignis imperitia est, hæc duo inter se opponere, mandatas esse actiones in rem alterius & esse mandatas præcedente venditione nominis: quoniam nullum actionum mandatum in rem alterius, sine titulo præcedente esse potest. Amplius si cum Fabro *in l. 3.*

C. de

C. de novat. procuratorem, nudum ministrum ponas, non potest esse, nisi falsum; quod ibi deciditur, nuda denuntiatione mandatarii, inhiberi actionem mandantis. Illud autem prorsus non ferendum, quin aut calumniæ, aut inscitiæ evidentissimum argumentum est, quod tertium casum *d.l.3.* quo cessionario pars soluta est, ita explicat, quasi tantum in parte illa soluta præiudicetur mandanti, non quoad residuum, quod ipse adhuc petere, & mandatarium prævertere possit. Hoc enim & verbis, & menti constitutionis repugnat, in qua tres casus proponuntur, quo mandatarius litem contestatus, quo denuntiavit debitori, & quo partem accepit: in quibus casibus siquidem idem ius esse vult Imperator, & eundem effectum, quod sine evidenti calumnia negari non potest, efficitur necessariò, ut solutio partis præjudicet mandanti in toto, non minus ac litis contestatio & denunciatio: quod præsertim aliàs in eo casu ratione partis solutæ nulla potest esse ratio dubitandi: utique qui solvit partem quà cessionario, cui actionem in solidum mandatam esse novit, hic enim casus ibi tractatur, magis adstrictus esse debet ad residuum eidem solvendum, quam cui tantum denunciatio facta est. Verum hoc apertius est, quàm ut refutationem operosiorem mereatur. Vides lector tot & tam multos errores Fabri in uno capite: neque existimes unum istud caput tam infelicibus ovis esse natum: totus Faber erroribus scatet, & propediem Deo iuvante, ex totis 250. capitibus, vix unum & alterum ab erroribus vacuum esse ostendimus.

IV.

Porro sicut actiones in rem, iuxta præmissa, ita & actiones in personem distingui possunt à causa efficiente, eaque itidem tum remota, quod aliæ sint civiles aliæ prætoriæ, tum propinqua, quod vel sint ex conventione, videlicet vestita, vel ex delicto & maleficio: & utroque vel vero vel quasi.

Dixi propinquam, nam proxima causa actionis est obligatio, quæ nascitur ex illis fontibus, quos notavimus in thesi & *supr. disp. 1. iuxta* § 1. *& 2. Inst. de Obl. l.1. in pr. de O. & A.*

Additur autem *d. l.1.pr. vel proprio iure ex variis causarum figuris*: quod Interpretes variè explicant, & non pauci volunt intelligi conditionem furtivam, quæ nascatur ex delicto ex parte rei, sed ex parte actoris ex domino: sed ea explicatio prorsus inepta est: alii volunt intelligi actiones in factum, quorum sententiæ nihil obstat: quod ibi JCtus non de actionibus, sed obligationibus tractet: quoniam actio in personam præsupponit obligationem. Et cum actiones in factum sint pleræque subsidiariæ, variis negotiis & causis ex æquitate accommodatæ, non ineptè tum actio, tum obligatio eiusmodi ex variis figuris caussarum nasci dicetur: communius intelligunt quasi contractus, & quasi delicta, quoniam JCtus tantùm contractus simpliciter & delicti facit mentionē. Quoniam autem hac de re Dd. agunt *in* §.1. *I de act.* circa ea verba, *& aliis quibusdam modis*, apparet hæc istis synonyma esse, *aliis quibusdam modis & ex variis causarum figuris*. Sed rectè meo iudicio reprehenduntur à Joh. Fabr. *ind* §.1. *n.5.* ubi notat, ea verba non referenda esse ad remotiora de obligato ex maleficio aut contractu, sed id proximè antecedentia videlicet formulam agendi *aio te dare facere oportere*, ut iuxta notata th.1. intelligimus omnib. actionibus in personam formu-

formulam illam accommodari non posse: & in hanc sententiam Zas. quoque *num.* 8. putat ab Imperatore significari quosdam modos agendi, quibus nec dari nec fieri aliquid petitur: ubi tamen non rectè hoc idem applicat. *ad l.* 1. *de obl. & act.* cuius textus sententia hæc esse videtur, quod in magna diversitate actionum & causarum JCt. sibi cavere voluerit, & ne quid omisisse, vel omnes obligationes ad contractus & maleficia retulisse videretur, generalia illa verba subiicere: à qua interpretatione non abit *Petr. de Bella Pert. in d.* §. 1. *col.* 4. ubi per illa verba intelligit actiones dativas, quæ aut non, aut non commode sub contractus & maleficia reduci possunt: communius autem ut dixi, quasi contractus & maleficia intelligunt Interpretes, & ea occasione satis prolixè agunt, an sub verbo contractus præsertim in statuto, etiam quasi contractus contineatur, ut videre est apud *Bart. & alios in d. l.* 1. *de O. & A. Petr. de Bella Petr. in d.* §. 1. *Institut. h. t. Ioh. Fabr. ibid. num* 5. *Ioh. de Platea n.* 21. *Ias. ibid. num.* 33. *&* 49. *Angel. Aretin. n.* 5 *Ludov. Gomez. num.* 26. *Donell. n.* 14. *&* 15. ubi communi explicationi adhæret.

V.

Cum autem conventionis & delicti variæ porro sint species, variæ quoque & plurimæ inde nascuntur obligationes & actiones.

Scilicet conventio vestita tres habet species, pacta legitima, pacta adiecta & contractus: & hæc rursus aliâs sub species tum subalternas, tum infimas habent.

VI.

Hic autem, ne præter propositum nostrum latius evagemur, primo dividemus actiones personales in generales & speciales: hæ sunt quæ singulis causis & obligationibus (a) illæ quæ pluribus conveniunt.

(a) Hæc duo *causa & obligatio* non raro pro iisdem usurpantur, & obligatio causa actionum, contractus causa obligationis est: quo posteriori sensu Bart. Jas. & alii *in l.* 9. *de rebus credit.* per causam intelligunt contractum, ne JCtus aliâs bis idem dixerit: neque enim potest verbum *causa* eo sensu accipi, quo usurpatur *in l.* 7. § 2. *de pact.* videlicet pro datione vel facto, quod iustam causam præbet agendi, & constituit contractum nominatum: quod præsertim ex hoc contractu actio ad interesse, & ad incertum competit. An autem etiam contractus innominati dicantur habere causam, pendet à varia acceptione verbi: plane ex mente Ulpiani *in d. l.* 7. negandum videri possit: verum ita huius loci non sunt.

VII.

Generales actiones non uno eodemque gradu tales sunt, quippe vel simpliciter generales, vel subalternæ.

Intelligo tales & simpliciter generales, inter actiones in personam, cæteroquin ipsa actio in personam, & porrò actio magis generalia nomina sunt: ut proinde hic nobis simpliciter generalis actio sit, quæ proximum genus habet actionem in personam.

VIII. Eius-

VIII.

Eiusmodi generalis actio statui potest, condictio. (*a*) Itemque in factum actio (*b*).

(*a*) In genere omnis actio in personam condictio dici potest, sed hic paulo strictius usurpatur pro specie actionis personalis, qua aliquem nobis dare facere debere intendimus.

(*b*) Eius utique usus latissimè patet in tot. iur. ut actiones in factum vix certis limitibus constringi posse videantur: sed utique cum plures sint species, actio in factum pro genere statuenda est: quamvis forte harum duarum actionum non omnimodo exacta sit oppositio, cum nihil prohibeat actionem quandam in factum dictam etiam esse condictionem. Probo autem communem DD. opinionem, quod omnes actiones in factum, id quod & ipsum nomen arguit, sint in personam, à qua sententia non recte recessit Timæus Fab. & hoc ex ipsis exemplis & speciebus istarum actionum magis apparebit.

IX.

Rursus condictio varias species, & ex ipsis aliâs minus aliâs magis generales.

Bart. in l. certi de reb. cred. n. 9. tres gradus facit condictionum: & unam vocat generalissimam, condictionem sine causa, quippe qua & certum petitur, & incertum: aliam generaliorem, videlicet Triticariam, qua petatur & incertum & certum præter pecuniam numeratam *l. 1. de condict. Triticiar.* aliam deniq; generalem, condictionem certi, qua tantum certum petatur. Neq; erat cur *Ant. Fab. decad. 83. err. 3. in fin.* eam distinctionem cavillaretur, eo quod ab obiecto non à causa efficiente sumta sit: quoniam non hoc satis est ad impugnandam divisionem, qua Bart. ideò usus videtur, quoniam obiecti conditio magis ostendit differentiam circa generalitatem actionis: neq; ignoravit aliâs diversitatem earum actionum à causa efficiente: quamvis etiam hæc attendatur, tamen condictio sine causa futura est generalissima, quoniam omnis condictio in eo fundatur, quod res penes alium sine iusta & sufficienti causa ex stat.

X.

Condictio certi (*a*) est actio in personam, qua certum (*b*) aliquid nobis dari petimus.

(*a*) Constat hanc actionem ita appellari ab obiecto, quod certum per eam consequamur: certum autem quid sit, docet *l. certum, 6. de rebus cred. l. stipulationum. 74. cum l seq. V. O.* qui textus cum huic ipsi fini propositi sint, ut intelligatur quando certi condictioni locus esse possit, tantò graviorem ostendunt esse errorem Ant. Fabr. qui *decis. 81. err. 5. & 83. err. 3. & 84. dec. err. 3.* & passim illo tractatu contendit, per condictionem certi nonnisi pecuniam numeratam, peti posse, adeò quidem ut etiam ex mutuo, si qui v.c. ipsum triticum, vel vinum petere velit, cessante condictione certi ad actionem triticiariam putet esse recurrendum: quo quidem nihil falsius aut absurdius unquam dictum videtur, nec hactenus quisquam dubitavit, quin ex mutuo, in quod quæcunq; res fungibiles veniunt, nascatur condictio certi. Nec quicquam facit pro Fabr. *l. 1. de cond. tritic.* neq: enim si hac condictione omnes

res petuntur præter pecuniam numeratam, ob id sola pecunia numerata petetur condictione certi: neq, rursus si qui pecuniam numeratam petere vult, ad condictionem certi remittitur, protinus sequitur, nullam aliam rem in eam actionem venire: est enim ea oppositio harum condictionum quod pecuniam numeratam, non autem quoad alias res. Multò minus facit pro Fabro *l. stipulationum.* 74. *de V. O.* ex qua Fab. existimat, nonnisi sub qualitate optimi vinum vel frumentum certum dici posse: etenim distinguere debebat, inter stipulationem qua de novo aliquid promittitur, & mutuum, quo res eiusdem bonitatis reddenda petitur, quæ qualitas & bonitas ex ipsa natura contractus inest, iuxta *l. de reb. cred.* not. Bartol. *in l. sed et si me.* §. 1. *de condict. indeb. num.* 5. *in fin.* Et utcunque alibi per excellentiam pecunia numerata certa dicatur, tamen hic ita strictè certum accipi, prorsus falsum est: & vel inde absurditatis ea opinio convincitur, quod cum ex tam multis causis condictionem certi proponat Ulpianus, in paucos tamen contractus pecunia numerata venit: quod enim Ant. Fab. nunquam ipsam rem, sed tantùm pecuniam numeratam peti ait, falsissimum est, & disp. 1. refutatum.

Vulgata hic quæstiò paucis attingenda est, an condictio certi generalis sit & specialis. Olim Citramontani & Ultramontani, ut alibi ita & hic discordes, hi unam, illi duplicem esse statuerunt, hoc scilicet sensu, ut iuxta illos condictio certi duas haberet oppositas species, condictionem generalem, & specialem, quæ ex certis & propriis obligationibus nasceretur, veluti ex mutuo, & quod plerisq; placuit, ex stipulatu, generalem autem dicerent, quæ cum aliis actionibus concurreret: non quod existimarent, generalem condictionem ex ulla actione dari, quod tamen ipsis imputare videtur Anton. Fab. quia genus vel tantum est in intellectu, vel tantum intellectu percipitur: sed quod condictionem certi specialem, putarent esse distinctæ naturæ, à cæteris condictionibus certi, quæ sub communi genere condictionis certi continetur: (quod non videtur cepisse *Ant. Fab. decis.* 81. *err.* 3. ubi hanc rem magis involvit) absurdum enim putarunt admittere, quod ex contractibus frequentissimis, quales sunt mutuum & stipulatio nulla debeat nasci propria actio, cum præsertim Justin. *in fin. princ. instit. quib. mod. re contrah. oblig.* ex mutuo actionem nasci dicat: ubi iterum Ant. Fab. *decad.* 83. *err.* 3. luscum fuisse oportet, dum lectorem monet ut observet, quod Justin. non dicat ibi *certi condictionem*, sed tantum, *condictionem*: quasi videlicet necessaria sit triticaria, ubi ipsum triticum vel vinum ex mutuo petitur: nam utique vera lectio & receptissima illius loci ita habet, *nascitur actio, quæ vocatur certi condictio*: neque enim ad rem pertinet, si forte vitiosum aliquod exemplar vocem illam non agnoscat. Facit etiam pro Citramontanis, quod si condictio certi, ubi certum in stipulatione est, non est specialis actio, neq; videtur esse specialis, quæ est incerti, quod tamen vix dicendum videatur: utraq; autem actio ex stipulatione proficisci dicitur *in princ. Instit. de Verb. oblig.* His autem non attentis Ultramontani, ita enim intelligo eorum opinionem, existimaverunt, condictionem certi, quæ ex mutuo vel stipulatu datur esse eiusdem naturæ cum cæteris condictionibus, neq; adeò esse oppositam speciem condictioni generali, sed speciem quæ cum cæteris ex quacunq; causa competentibus, sub communi genere condictionis certi contineatur: maximè hoc argumento, quod nulla condictionis ex mutuo vel stipulatu diversitas dari potest essentialis, qua à condictionibus, quæ ex causa legati aut venditionis, &c. dantur, distinguatur. Nam ut rectè disputat. *Donell. in l.* 9. *de reb. cred.* & ante eum post alios notavit ibid. Jas. condictio generalis, vel potius eius species, moveri non possunt,

nulla

nulla allegata causa petendi, sed ne inepta actio sit, causam v. g. venditi aut legati inseri oportet: eoq; frustra est Bart. qui hinc differentiam sumit, quod in cæteris speciebus, & in condictione generali sufficiat petere certum, sed in speciali causam, mutuum & stipulationem adduci necesse sit, quem rectè hoc nomine reprehendit Ant. Fab. sed idem malè sententiam eam omnibus Citramontanis imputare videtur. Et utcunq; condictio ex mutuo referatur sub generalem cōdictionem, non ineptè tamen ex mutuo nasci dicitur: velut & reliquæ species ex singulis causis non ineptè nasci dicuntur, cum & ipse Bartol & cæteri frequentius condictionem etiam generalem vel potius singulas eius species magis velint esse nativas quàm dativas: cæterum de condictione incerti th. seq. aliquid dicetur. Sed nolo diutius immorari in quæstione rum vulgata, tum nullius pene utilitatis, quamvis aliquas utilitates afferre conetur Bart. quas ita ponderat Jas. ut eas improbare videatur, & lectorem tandem jubeat tenere opinionem quam velit.

Illud magis dubium est, cui bono fuerit hanc introducere actionem, cum potuerint sufficere speciales. Et Bart. *in d. l. 9 n. 10.* cæteriq; eò labuntur, ut nullam hic agnoscant necessitatem, & utilitatem vix aliam, quam producant, habeant, quam quod condictiones licet ex delicti, aut qua alia famosa causa pendeant, non sint famosæ *l. cessat. 36. de O. & A.* cæteroquin non sunt pleniores: & in eo conveniunt Dd. quod si actio concurrens propria, temporalis sit, eandem naturam condictio imitetur. Quin non minus communiter agnoscunt, eas sæpe esse minus plenas, quam actiones principales, quod scilicet in illis nunquam veniant usuræ aut fructus ex mora, item quod si condicatur ex causa L. Aquil. non crescat actio per inficiationem: sed & quod non infamant, non actoris, sed rei utilitas est. Hoc cum animadverteret Ant. Fab. *supr dd. loc.* confidenter negavit concursum condictionis generalis cum aliis actionibus, & nonnisi his deficientibus illam admisit: quoniam sicut natura nihil facit frustra, nec entia multiplicantur in Philosophia, ita nec actiones sine necessitate multiplicari debeant in Jurisprudentia. Sed prorsus inepta hæc est accommodatio & illatio: & plurimis exemplis ostendi potest, hoc egisse Imperatores & JCtos, ut extenderent & ampliarent ius agendi, & pluribus remediis facerent locum, quod disputatio notissima de concursu electivo plurium actionum, quarum una alteram consumit, ostendit. Sed neq; satis est obiectionem movere, nisi nodum solvas quod nullo modo præstitit Fab quem decebat respondere *ad. l certi condictio. 9. de reb. cred.* quæ concursum illum condictionis certi cum aliis actionibus manifestissimè evincit Licet enim aliquando etiam ex causa contractuum nominatorum in subsidium condictio dari videatur, *arg. l ex conducto. 15 §. Item. 6. locati* tamen ea condictio specialis est, & istud ad restringendam *l. 9. reb. cred.* sufficere nullo modo potest, aut ulla ratione admitti, quod in omnibus ibi propositis casibus deficiat actio propria & specialis. Nihil aliud esse videtur, quod hic respondeti possit, nisi quod initio condictiones speciales certi necessitatis gratia fuerint introductæ, veluti ex mutuo & stipulatu, & ea occasione porrò ad alios casus & causas circa ullam necessitatem productæ. Ex quo confirmatur sententia Ultramontanorum, quod una tantum sit certi condictio, non verò duplex, & quod occasione certarum specierum condictionis certi, generalis & communis eiusmodi condictio, speciales omnes ambitu suo comprehendere fuerit constituta *iuxta d. l. 9. de reb. cred.*

Et eam generalitatē illustrat ipse JCtus exemplo duplicis obligationis ex delicto: & 1. ex causa damni dati, quod vindicatur per L. Aquil. ex qua causa si condictione

certi agatur, notant Bartol. Jas. & alii *in l. 9. de reb. cred.* inficiatione non crescere actionem in duplum, quoniam scilicet actio L. Aquil. natura sua talis non est, sed ex accidenti talis efficitur: quod ideò notant Dd. ut removeant objectionem, quod actio subrogata imitetur naturam eius, in cuius locum subrogatur: hoc enim obtinere docent in iis, quæ ex se insunt actioni, non ex accidenti: quamvis non satis propriè condictio certi, utpote concurrens subrogata dicatur. Ex quo infertur, cum actio L. Aquil. natura sua persequatur quanti res plurimi fuit retro proximo anno vel 30. diebus, quin hæc æstimatio etiam veniat in condictionem, dubitandum non esse, & etasiè hic errare Fabr. *decis. 84. err. 3.* existimantem nonnisi veram æstimationem, quæ fuit tempore delicti, posse condici: cùm præsertim actio L. Aquil. etiam quatenus hoc modo, quanti retro res plurimi fuit, persequitur, non tam pœnalis sit, quàm rei persecutoria, interpretatione videlicet & fictione quadam legis, quæ perinde habet ac si eo tempore occisus fuisset homo, quo revera plurimi fuit. Alterum exemplum est de causa furtiva: quod dupliciter accipiunt Dd. tum de condictione simpli, quæ concurrat cum condictione furtiva, tum de condictione dupli vel quadrupli, quæ concurrat cum actione pœnali: quod posterius post Bart. magis probat Jas. neq; id improbandi ullum solidam rationem producit Fab. d. loco, quin pro Bart. facit, vel quod supervacua sit condictionis cum alia condictione concursus, vel potius quod cùm condictio furtiva extraordinaria, & odio furis contra rationem juris recepta sit, tantò minus alii condictioni ex hac causa locus sit faciendus. Dum itaq; tam latus sit usus condictionis certi generalis, minimè absurda habenda est Dd. sententia, qui etiam cum actionibus prætoriis & ædilitiis eam concurrere admittunt: contra quam sententiam inanis est objectio Ant. Fab. sæpe *d. cap. 3.* quod ubi sunt utiles actiones, non sit locus prætoriis: vel quia hoc simpliciter verum non est, vel quia ad summum in specialibus tantum non etiam generalibus actionibus verum est.

(b) Nomen ipsum hoc ostendit, hac condictione nonnisi certum peti posse, de quo *Lit. praced. in princ. hac thes.* aliquid dictum est. Duo saltem hic paucis monenda sunt 1. graviter errare Dd Bart *n. 28. & 31. Gl. & alios l. 9 de reb. credit.* existimantes, quod nostra intersit utcunque incertum sit, peti tamen posse condictione certi: quod refutavimus ad Treutl. *de re iudic. th. 4. in fin.* rectè etiam refutatur ab Ant. Fabr. *decad. 83. err. 4.* & nimis prolixè, cum præsertim ante se hunc errorem satis ab aliis refutatum fateatur: & plures etiam ex veteribus refert *Ias. in d. l. 9 n. 15.* eosque probat, adiiciens alteram opinionem, quæ incerti agendum docet, sibi placere & placuisse semper, & irridens ineptissimam gl. & Bart. responsionem *ad l. ult Si quis in ius vocat. non ierit,* qui verba *d. l. ult. incerti agendum esse in id quod interest,* perabsurdè ita interpretantur, condictione certi agendum esse ad interesse, quod est incertum, sed postea sententiam certam efficiuntur. Atque ita fortiter stringit contra Dd. *d. l. ult.* nec minus *l. 3. in fin. C de inut. stipul.* ubi pro interesse datur actio incerta: item *l. si pœnam 68. l. liber homo. 118. §. decem. d. V. O.* quibus locis stipulatio quatenus interesse continet, dicitur continere incertum. Quatuor autem ratiunculæ pro Bart. sententia colliguntur, 1. quia *iuxta d. l. 9. de reb. cred.* etiam ex causa L. Aquil. condictio certi dari dicitur, in actionem autem L. Aquil. venit quod nostra interest *l. ait lex 21. in fin. cum 2. ll. seqq. ad L. Aquil.* Resp. ponendos esse terminos habiles, ut locus fiat sententiæ Ulpiani *in d. l. 9.* neque verum est, quod ex causa L. Aquil. præcisè tantum possit peti interesse, sed imò etiam peti potest, & frequentius solet æstimatio rei, sed & fortassis interesse taxatum ab actore venit in condictionem certi. 2. quod condictio,

ctio certi competat ex causa furtiva, & videlicet concurrat cum condictione furtiva, quæ cum actor dominus sit, nonnisi ad restituendum, & ita ad incertum dari possit. Resp. vel quod non omnis petitio, qua res restitui petitur sit incerti, vel quod iuxta prædicta *in d. l. 9.* intelligatur condictio pœna dupli vel quadrupli, vel quod imò condictio furtiva intendat rem sibi dari oportere § *sic itaq;* 14. *Instit. de act.* de quo plura dicentur infra. 3. quia certum etiam dicatur per relationem *l. ubi* 75. §. 5. *de V. O. l.* 7 §. *pen. de contrah. emt.* veluti quantum in arca habeo, interesse autem hoc quoque modo certum dici posse, quippe quod determinetur per sententiam. Resp. prorsus ineptam esse comparationem eius, quod statim certum reddi potest per simplicem inspectionem, & eius quod demum probationibus auditis per sententiam iudicis definitur, quod quidem nec in rerum natura revera certum est: & prorsus absurdum est ex condemnatione, non vero ex petitione de hoc statuere, cum utique condictio certi dicatur, non in qua certum adijciatur, sed in qua certum petitur. 4. adducitur *Ias. n* 9. pro sententia Bartol. textum *in l. si concubinam.* 17. §. *pen. rer. amotar.* ubi pro rebus etiam non extantibus datur condictio certi. Resp. nihil inde sequi, quia hæc est natura obligationis, ut etiam homo post moram mortuus ipse operatur, eo effectu ut ad æstimationem reus condemnetur *l. si servum* 91. § *ult. de V. O.* Denique (idque est, quod altero loco hic notandum diximus) obstare videatur, quod *in d. l.* 9. condictio certi dari dicitur ex incerto contractu, quæ appellatio ab obiecto & eo, quod in contractum deductum est, desumta videtur *per princ. Inst. de V. O. iuncta l. stipulationum* 74. *cum l. seq. de Verb. Obl.* Responsio dependet ex eo, quidnam per contractum incertum ibi intelligatur, de quo tractat Bart. *n.* 14 *&* 28. *in d. l.* 9. *de reb. cred.* & una est explicatio gl. cuius meminit Ias. ibid. & quam Cuiac. *d. l.* 74 amplexus est, quod intelligatur contractus innominatus: cui opinioni non valde obstat, quod post alios movet *Donell. in d. l.* 9. ex contractu innominato nasci actionem præscriptis verbis, quæ ad interesse, eoque ad incertum datur: neq; enim necessum est concursum condictionis generalis cum actione propria & speciali ubiq; & omnibus casibus habere locum, nec temere quis affirmaverit, nullo unquam casu ex contractu innominato certum petit, cum ad contrarium probandum sufficiat *l. si dominus* 8. *de præscript. verb.* de qua aliàs plura dicemus contra Fabr. *decad.* 83. *err.* 5. *& seqq.* Communior explicatio est, Donello etiam probata, contractum innominatum intelligi ratione initii, veluti si fructus aut partus nasciturі sint promissi, qui postea nati condictione certi peti possunt. Hoc sc. communis placuit, sed Hunn. ad Tr. de mutuo q. 21. solum hic habet, quem advocet, Donellum: ubi etiam imperitè confundit has duas quæstiones. An condictio certi detur ex contractu innominato: & an condictio certi detur ad interesse: nam etiam ex causa contractus innominati aliquando certum peti potest: itaque nihil huc pertinet directo, quod de actione L. Aquilæ, & interesse per rerum naturam certo ab Hunn. proponitur. Ratio aliàs prima eiusdem falsa, quod ex causa contractus innom. nunquam possit peti certum: & altera inepta, quod ex quo contractu actio præscriptis verbis detur, ille sit incertus: quia Ulp. ex huiusmodi contractu dat certi condictionem: & petitur principium, si nunquam certum condici posse dices. Et perquam suave est, quod Hunn. ait, eam esse petitionem principii, & hoc quæri, an ex contractu innominato condictione certi, possit certum peti: quid enim aliud, nisi certum, petatur condictione certi? aut quid aliud vult Cui. quàm condictionem certi esse aliquando ex contractu innominato? exeremum Hunnius mox rursus principium petit, sese quasi corrigens, negans umquam ex

contractu innominato certum deberi posse, contra expressum textus *in d. l. 8. de praescr. verb* & contra id quod sui oblitus defendit *disput. 22. q. 24.* actionem praescriptis verb. dari ad repetendum, quod quis hac lege solvit, ut restitueretur. Ergo ad Treutl. *p. 1. de mutuo thes. 10. lit. b.* existimavi contractum incertum, de contractu generali, (genus enim in iure nostro incertum dici solet,) explicari posse, *arg. l pro socio. 38. in princ. D. pro socio.*

(e) Jam supra notatum est, quod dari hic significet, dominium transferre; eoq; rem nostram, quae iure dominii ad nos pertinet, non condicimus, praeterquam furti *d. §. sic itaq; Instit. h. t. l ult. usufruct. quemadm. caveat.* Vide si possit contrarium quod dicitur *in d. l. 9. de reb. cred.* etiam ex legati causa condictionem dari legatarius autem dominus efficitur, & vindicationem habet *l. 1. C. communia, de legat. l. à Titio. 64. in fin. de furt.* Variae hic occurrunt responsiones 1. quod *d l. 9.* sit referenda ad casus habiles, quibus res aliena, vel quantitas, vel etiam res propria per damnationem legata fuit: nam Justin. *in d. l. 1. C. commun. de legat.* dum instincte & simpliciter actionem in rem & personam concedit, rationem iuris veram neglexisse videri potest. 2. quod condictio non concurrat cum dominio directo & naturali, sed bene cum dominio, quod nudo iure civili quaesitum est, ut in terminis respondet Jas. *in d. l. 9 rebus cred. n. 31.* Sicut & constat condictionem cum utili dominio concurrere *l. 1. in fin C. de donat. quae sub modo l. uxor. 35. in fin. de donat. int. vir. & uxor. l. qui mortis. 30 de donat. mort. caus.* quod iam citato loco *n* 30. notat Jas. 3. rectius meo iudicio respondetur, quod etiam ubi per vindicationem legatum est, nihilominus in personam agi possit, sed ex diverso fonte: & nimirum agit. & qua dominus, & qua creditor: priori modo agit rei vindicatione, quatenus potestate iuris dominium translatum est: posteriori modo agere potest condictione, quae concurrit cum actione ex testamento, quae descendit ex quasi contractu, & datur contra heredem, non qua possessorem, sed qua per additionem ex quasi contractu obligatum, ut expressum est *in §. hares. 5. Instit. de oblig. ex quas. contr. l. si quis 5. §. hares. 2. de O. & A.* qui textus absolute loquentes nonnisi absurde ad legatum damnationis restringi possunt: eoq; pertinet textus *in l. cum filius. 76. §. pen. de legat. 2.* ubi dicitur plures actiones datas esse legatariis, ut laxior ijs sit agendi facultas. Et igitur hic quoq; error est Fabri, qui *decad. 97. err. 3.* simpliciter negat legatum, per vindicationem peti posse actione in personam: de quo, & an condictio rei suae detur, dicemus plura infra, de condictione furtiva.

XI.

Haec paucis de condictione certi: reperitur in iure nostro etiam condictio incerti, de qua illud praecipuè controvertitur, an & ipsa sicut condictio certi, generalis sit necne.

Legitimus aliquando incerti actionem dici speciem actionis, aliud quoq; nomen proprium habentem, veluti ita actio ad exhibendum dicitur incerti actio in specie *l. pen. depositi* passim etiam ita vocatur actio praescriptis verbis *l. ob eam. 9. & l. permisisti. 16. in pr de praescript. verb.* quae eadem incerti civilis *l si convenerit. 13. commun. divid. l. 7. §. 2. de pact.* imò quandoq; incerti condictio *l. duo. 19. §. 1. de praecar.* de hoc sicuti constat, ita minimè constat, qualis sit natura condictionis incerti, ita in specie dictae in hac materia condictionem, & an itidem ut condictio certi sit generalis, competens ex omnibus causis, ex quibus certum petitur, & cum actionibus inde nascenti-

nascentibus concurrens. Hoc quidem affirmat Ias. *in l. sed etsi me. 22. §. cum iter. de cond. indeb. num. 9.* ubi pro hac sententia adducit 1. *l. si tibi. 8. in princ. de act. emt. iuncta l. si binarum. 35. de servit. urban. prad.* existimans quod ibi concurrat condictio incerti cum actione ex vendito. 2. quod in specie *l. quod si ex 60. de legat.* 1. condictio incerti concurrat, cum actione testamento. 3. quod eadem concurrat cum actione hypothecaria in specie *l. & ideo. 12. in fin. de condict. furt.* Verum Bart. *in d. l. 22. de cond. indeb. 26.* improbata illa opinione magis putat, eiusmodi condictionem incerti generalem non esse, sed tantum specialem, veluti indebiti aut causa data vel aliquando deficientibus aliis actionibus subsidiariam, ideò condictionem incerti dictam, quod incertum persequatur. Hanc sententiam benè confirmat Donell. *in d. l. 9. de rebus cred. n. 20. & 21.* quod nusquam de tali condictione generali in iure nostro tractetur, & præcipuè quod si talis sit condictio, oporteat eam non minus ac condictionem certi, ex omnibus causis dari, ex quibus incertum petitur: hoc autem nusquam proditum est, nec quisquam dixerit, multò minus probaverit, quod cum actione præscriptis verbis quædam incerti condictio separata concurrat: nam quod *ad dict. l. 19. de precar.* attinet, in ea ipsa præscriptis verbis actio incerti condictio appellatur. Et si textus iuris percurramus, speciales tantum quasdam condictiones incerti deprehendemus: veluti ex stipulatu *l. 3. C. de inutil. stipul. l. ult. si quis in ius vocatus non ier. l. 1. de usufr. legat.* Item condictionem incerti indebiti *l. sed etsi me. 22 §. 1. l. si quis. 19. & l. seq. §. 1. de condict. indeb.* item condictionem incerti causa data *l. 4. de condict. caus. dat.* & sine causa *l. 3. de condict. sin. caus.* & quidem condictiones has incerti ad speciales quosdam effectus V. G. ut liberetur quis à promissione sua *d. l. 3. & l. quemadmodum. 46. in fin. pr. de iur. dot. l. 2. §. aliud. 3. de donat. l. si quis. 12 §. 1 de novat. l. Iulianus. 7. in princ. de doli exc. l in caus. 10. §. 2. de minor.* vel ut quis in obligationem se reponat *l. 4. de condict. caus. dat.* quo etiam pertinere videtur condictio cautionis *l. ult. C. de condict. ex lege.* itemq; condictio cautionis omissæ, ut præstetur *l. 5. §. 2. & l. tribus. 8. de usufr. ear. rer.* Et itaq; non videtur ulla talis incerti condictio proposita, sicut certi generalis, *in l. 9. de reb. credit.* Nec difficilis responsio est ad exempla & rationes Iasonis: & quidem *in l. 8. de act. emt. & l. 35. de servit. urban. prad.* specialis est præstatio, ut imponatur servitus fundo, qui ex vendito traditus fuerat liber, cum servus tradi debuisset, ad quod forte non sufficere videbatur actio ex vendito. Reliqua duo exempla falsa sunt: nam *in l. quod si 60. de legat. 2.* hæres incerti condicit, quod plus debito solvit, heredi autem actio ex testamento competere non potest. Falsum etiam est, quod *l. 12. in fin. de condict. furtiv.* condictio incerti concurrat cum actione hypothecaria: vel quia condictio non concurrit cum actione in rem, neq; in actione hypothecaria dari nobis debere intendimus; vel quia *in d. l. 12.* non de condictione incerti danda contra debitorem aut possessorem, sed adversus furem vel heredem eius instituenda tractatur, de quo pluribus infra.

XII.

Generalis quoque actio & condictio esse videtur, quæ dicitur, ex Lege.

De hac condictione ita scribit Paul. *in l un. de condict. ex Leg.* si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eâd. lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum esse. Et ita requiritur initio, ut sit nova obligatio, quod arguit verbum, introdu-

introducta: cæteroquin obligatio vetus, & ex ea actio sufficiet: si adeò hæc iure efficax fuerit: aliàs si qua iurisgent. obligatio nuda lege civili confirmetur, procul dubio condictioni huic locus esse poterit: quæ ratio cessat in obligationibus iurisgent. habentibus synallagma & causam, nimirum dationem vel factum, propter quæ actionem dari negotii qualitas suadet, *iuxta l.* 7 *§.* 1 *& 2. de pact.* Legem autem esse oportet, & constitutionem iuris civilis, atq; ita sanctionem latam ab eo, penes quem summa in republ. est potestas: quæ definitio excludit ius prætorium, sed vel maximè includit constitutiones principium: ut mirer Donell. *in l. un. de condict. ex Lege* negare, quod nomen legis proprie competat constitutioni: neq; deceptus fuisset per *§. lex est. 4. Inst. de iur. natur.* si tempora distinxisset; quoniam initio sub libera republ. nonnisi ea sanctio, de qua *in d. §.* 4. nomen legis mereri potuit; quæ sola omnes cives plebem & patricios, totumq, populum teneret: quæ vis postquam plebiscitis communicata fuit, hæc quoq; leges verè & propriè appellari ceperunt: Legem novam intelligo, omnem eam quæ noviter fertur in republ. ut non tamen displiceat, quod post alios Donell. notat, videri à Paulo legem novam opponi legi 12. tabb. quippe ex qua iam olim actiones & formulæ solennes compositæ erant: quod præsertim Paul. *in d. l. un.* videatur aliquam legem singularem significatæ, leges autem 12. tabb. universum ius populi Romani continuerunt. Amplius requirit Paul. ut lege non sit expressum genus sive species actionis: quod quidem satis ostendit, dum condictionem ex lege dicimus, verba *ex lege*, non tam denotare causam, quàm nomen actionis: nam aliàs ut maximè lex ediderit nomen & genus actionis, ratione causæ efficientis ex lege ageretur, quod latè persequitur more suo Donell *in d l un. de condict. ex leg.* quamvis non prorsus negandum videatur, quin simul verba *ex lege*, respiciant causam efficientem, ut hæc sit quasi per excellentiam actio aut conductio ex lege, quæ ipsum simul nomen à lege mutuatur. Obiter & hic notandum videatur, quod *d. l. un. de condict. ex leg.* pertineat præcipuè ad eas leges, quæ non habent nomen: cæteroquin nomen legis actioni quoq; tribui solet: si tamen lex de aliquo singulari capite fuerit sancita: cæteroquin si v. e. autor legis, qui nomen dedit, de diversis & plurimis rebus leges tulerit, non possunt à nomine autoris plures distingui actiones: ex quo fortassis ex lege Julia proponitur condictio ex lege *in l si postulaverit. 27. §. pen. & ult. cum l. seq. ad L. Iul. de adult.* & ex alio capite eiusdem *L. in l. si verò 64. §. ult. cum l. seq. solut. matrim.* interprete quidem Cuiacio *lib. 3. observ.* 34. Generalitatem huius condictionis ipsa res ostendit, quippe quod competit ex quibuscunq; obligationibus, & super quibuscunq; præstationibus, quas quæcunq; & diversissimæ leges iuxta prædicta requisita, introducunt: idq; videre est ex variis exemplis, quæ occurrunt in iam dictis textibus & *in l. sancimus 21. C. de S. Sanct. Eccles. l. sancimus 46. §. si verò. 6. C. de Episc. & Cler. l. ult. vers fin. autem C. de petit. hared ubi Castrens. n. 7. l. ult. §. licentia 10 C. de iur delib.* duplum enim illud condictione ex lege peti ibid. notant Interpretes. *l. si quis argentum. 35. §. sed siquidem. 5. C. de donat.* ibi, *nihilominus ex lege nostra, &c.* qui locus ostendit idem obtinere in quibuscunq; pactis legitimis. Video etiam eò referri speciem *l.* 1. *C. condict. ex lege*, qua scilicet petatur debitum ante diem, ut satisfiat fisco: itemq; *in l. si quis conductionis. 25. ubi Salicet. C. de loc. & in l. non abs re.* 10. *C. unde vi & in l. un. in fin. C. de suffrag.* eodemq; pertinent condictiones *in §. tripli. 24. cum §. seq. Instit de action.* iuxta emendationem & explicationem neotericorum. Solet etiam exemplum huius condictionis peti *ex l. omnimodo 30. C. de inoff. testam.* qua agatur ad supplementum legitimæ,

præsertim antequam *ex Novell.115.c.3.* legitima vel eius pars relinquenda fuit titulo institutionis: quamvis alii simpliciter tanquam ex præsumta disponentis voluntate, actionem ex testamento, alii hodie petitionem hæreditatis concedant.

XIII.

Condictio quoque Triticiaria generalis est.

Nam ut docet *l.1.& 2.prin.* etiam pro rebus incorporalibus, & cæteris omnibus excepta pecunia numerata datur. Prima quæstio hic est de nomine, & alii ab autore dictam putant alii ab obiecto. Prius probat Accursius *ad rubric. de condict. Tritic.* *Bart & Donell ibid* qui existimant, actionem hanc esse prætoriam, cuius autor appellatus fuerit Triticus: nec displiceret hoc, si nomen istud ab Onufrio Usino & aliis, qui accuratissime veterum Romanorum nomina collegerunt, uspiam esse relatum: verum de eo altum ubique silentium, inter eos, qui à tritico dictam censent, est *Cuiac. in paratit. de Tritic. condict.* sequutus conjecturam Græci Interpretis Stephani, quod qui primus hanc actionem petierit, triticum in iudicium deduxerit: quod Donell. sæpè d. loc. prolixissimè ad tædium usque refutare conatur, ubi magis probabilem conjecturam futuram ait. si dixerimus, hanc actionem primo pro tritico tantum propositam, post ad alias res productam fuisse. Verum & ipse agnoscit commentitium hoc esse, cum nulla usquam mentio fiat tritici *in d. tit.* neque colorem habet, quod propria actio pro tritico fuerit introducta. *Anton. Faber. decad.83 arr.1.* eandem quæstionem tractat, cuius illud primum falsum est, quod inter omnes constet hanc actionem à tritico dictam esse: falsum penè & illud, quod de proprietate verborum, eorumque vi ad ipsarum rerum naturam experimendam præfatur: illud autem tertio ineptum, quod hoc ad propositum accommodat, & eius appellationis tam facetam & suavem reddit rationem, ut præter dignitatem & gravitatem senatoriam & præsidalem hoc unum egisse videatur, ut lectoribus risum moveret. Ait Fab. sicut condictio certi ea sit, qua res maximè certa petitur, videlicet pecunia numerata, ita ex adverso à re, quæ maximè incerti sit valoris, appellandam fuisse condictionem, qua incertum petitur. Animadvertis, lector, perspicuum vitium consequentiæ ab obiecto, ad rationem nominis & appellationis neque enim sequitur: hac condictione petitur incertũ, ergo appellanda fuit à re, quæ maximè esset incerta: quinimò si consequentia bona esset, condictio incerti appellanda fuisset, sicut altera illa dicitur certi, aut verò hæc ab obiecto maximè certo, pecuniaria condictio dicenda fuisset. Sed & amplius hæc collectio Fabri multa manifestò falsa præsupponit: quod condictione certi tantum petatur pecunia numerata, & quod condictione triticaria tantum petatur incertum, & quod porro consequens est sententiæ Fabri, quod præter pecuniam numeratã omnia cætera sint incerta: quo nihil dici potest absurdius. Sed & cum triticum in mutuum veniat, necessariò sequitur, quod condictione certi petatur, utcunque eius valor sæpè varietur. Sed nec minus & fortasse magis variatur precium vini & aliarum rerum, ut vel nulla sit ratio Fabri: sed & cur non dicta fuit Siliginaria à siligine, cur non generali magis nomine frumentaria? Quoniam, ut inquit Fab. ex tritico fit optimus panis, ex quo optimè corpora humana nutriuntur. En graphicum nugatorem: & egregiè scil. inde infertur, condictionem istam debuisse appellari triticariã, non minus quã illud: Ergo baculus stat in angulo: nam hac ratione panaria etiam potuisse appellari. Quas ille non turbas daret, quos non excitaret cachinnos, si tale quid Doctoribus excidisset?

S aufus

ausus tamen Stephani & Cuiacii irridere conjecturam, ipse autor talis coniecturæ, quæ ipsi Catoni & Heraclito movere risum posset. Sed ista febrientis somnia mittamus. De nomine non valde est laborandum, modo constet de ipsa re, quæ hic nomine obscurior est: quorsum enim tot actiones generales, & cui bono præter condictionem certi generalem condictio hæc, qua certum etiam petitur, proposita fuit: nam cum nulla generalis esset condictio incerti, ut prædiximus, poterat videri loco eius introducta condictio Triticiaria, nisi etiam iuxta *l. 1. & 2. de cond. tritic. Triticiar.* omnes quoque aliæ res in hanc actionem venirent, præter unam pecuniam numeratam: quæ sola res diversitatem facit inter hanc & certi condictionem, ita ut Donellus *ad rub. h. t. in fin.* cætera utriusque condictionis ita communia esse ait, ut sint eadem; sed non explicat, quod tamen boni Interpretis erat, quæ fuerit huius condictionis utilitas, cum probabile non sit, sine causa alias actiones super alias accumulatas fuisse. Lubens hic sequerer sententiam Cuiac. in paratit. existimantis, hac actione consequi nos rei æstimationem, quam vel petivimus, vel quam iudex huic actioni addictus, iuxta eius naturam, utcunque ipsa res fuerit in æstimatione, nobis adiudicat: quod enim Donell. obiicit, quicquid est in petitione, necessario quoque esse in condemnatione, falsum esse ostendimus ad Treutl. *p. 1. disp. 28. thes. 2.* Et tanto magis blandiretur hæc sententia, quod iuxta eam ratio manifesta apparet, propter quam hac condictione non petatur pecunia numerata, quoniam hæc omnes res æstimat ipsa autem non æstimatur: idemque videtur jam olim placuisse Bart. *qui in l. 1. de condict. Triticiar.* dicit hanc actionem competere pro rebus, quarum æstimatio ex tempore & facilè variatur. Illud enim eiusdem facetum est, quod qui induxerit hanc condictionem fuerit frater minor, qui omnes alias res accipiunt præter pecuniam numeratam: & licet, inquit, iste ordo tempore illo non fuerit, erat quidam Philosophus talis conditionis, quod pecuniam respuebat. Prorsus non acquiescit animus in eo, quod Donell ait *l. 1. de condict. Triticiar.* eam potius occasionem fuisse, quam ullam iustam rationem aut necessitatem: & haud scio an idem satis prudenter aut prudenter, conjecturam istam Cuiacii pudendum vocet errorem, his rationibus: tum quod etiam actione quadam arbitraria non petatur rei æstimatio, tum quod etiam pecunia numerata veniat in actionem arbitrariam. Etenim illud quidem obtinet in diversa specie arbitrariarum actionum, veluti rei vindicatione, de quo infra: hoc autem ubi alio loco agitur, ita ut non propter æstimandam rem, sed utilitatem loci, & interesse oporteat arbitrio iudicis negotium committi. Cæterum Ant. Fab. qui *supr. d. cap.* antea naturam huius actionis se ignorasse profitetur, cum alia multa sine ratione & lege, tum hoc dictu plane absurdum scribit, quod sola condictione Triticiaria, tum rem ipsam debitam petamus, & quantum fieri potest præcisè urgeamus verum ne hic prolixiores simus, latè enim disputat Fab. alio res ista nobis differenda est: ut hoc tamen addamus, videri opinionem hanc contradicere iis, quæ de appellatione huius condictionis tractat Fab. quoniam condictio incerti, à re maximè incerta sortita appellationem, non videtur ipsam rem, quasi præcisè persequi posse aut debere quandoquidem eiusmodi condictio, quæ præstationem ipsius rei debitæ intendit & urget, ferè nunquam sic condictio certi esse potest.

XIV.

Condictiones speciales variæ etiam sunt, veluti condi-

ctio indebiti, condictio causa data, ob turpem causam & condictio furtiva.

Possint tamen hæ condictiones videri, non esse species infimæ, sed subalternæ, siquidem distingui possunt in condictionem certi & incerti. Amplius condictio indebiti sumi etiam potest in genere, siquidem quicquid penes alium est sine causa, recte indebitum appellatur.

XV.

Condictio indebiti hic nobis est condictio, qua indebitum per errorem solutum repetimus.

Constituendum hic est huius actionis causa, de qua ita Justin. *in § pen. Institut. de oblig. quasi ex contr.* cui quis per errorem non indebitum solvit, quasi ex contractu debere videtur: adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur, magis ex distractu possit dici obligatus esse: *& in fin. §. 1. Instit. quibus mod. re contrahit.* ex eadem ratione negat speciem istam obligationis ex contractu consistere: quod idem tradit Caius *in l. si quis quoque 3. de obl. & act.* Contrarium hic esse putat Donell. 14. *comment.* 16. quod Julianus scribit *in l. si in area. 33. in princ. de condict. indeb.* eum qui indebitum solvit, hoc ipso aliquid negotii gerere: & quod Pompon. *in l is qui 13. in fin commodati*, ex indebito soluto nasci obligationem. Verum res facilis est, & ut ad Treutl. diximus, si consideretur, quod expressè agitur, nullo modo & nullus prorsus hic contractus est, sed ex eo, quod præter id quod expressè intenditur, tacitè agi intelligitur, *iuxta d. l. 13.* tacita obligatio, quæ quasi contractum inducit, & hinc conditio indebiti nascitur: & proinde paulò pinguius loquitur Justin. *in d. § pen.* quod accipiens videatur ex distractu obligari: etenim quod expressim agitur, nihil prorsus confert ad constituendum hunc quasi contractum, & producendam indebiti condictionem, sed totum hoc operatur conventio, quæ tacitè inesse censetur. Et Caius *in d. l. 5. §. 3.* contractum negat, sed non excludit quasi contractum: & proinde nullum est argumentum Donelli à negotio gesto. quoniam etiam in quasi contractibus, quippe qui actionem producunt, negotium subesse oportet. Addit autem Donell. eandem esse vim taciti & expressi; atquin dubium non est, quin negotium concurrens cum expressa conventione, constituat verum contractum: eoque ut concludit Donell. condictio indebiti non ex quasi, sed ex vero contractu descendet. Huic argumento Hunnius, qui à Donell. dissentit, satisfacere non potest: quippe cum priori argumento ita respondeat, ut neget ad verum contractum sufficere negotium, sed insuper requiri conventionem vel expressam vel tacitam: etenim ut dixi, si tacita quoq; conventio facit verum contractum, necessariò obtinebit Donell. Sed nimirum falsum hoc est, quod etiam tacita conventio verum faciat contractum. & sunt quidem omnia tacita non eiusdem generis, & factum unum alio magis vel minus ad inducendum & colligendum consensum directum & determinatum est; sed qualecunque sit, illud falsum est, eandem esse formam & essentiam expressi & taciti, utcunque utriusq; idem sit effectus in producenda actione: ita enim etiam ex aliis quasi contractibus veros contractus effeceris, ita eandem essentiam pactorum expressorum & tacitorum dixeris, quoniam utraque pariunt exceptionem. Et in nostris quidem terminis tacita illa conventio tantò minus potest facere contractum verum, quod illa minimè directe infertur ex actu

 solventis

solventis, cum opposita sint, velle se liberare, & velle alium sibi obligare, adeoque unus actus non possit operari utrumque, quo respexisse videntur Justinian. & Caius. Sed nimirum ex hypothesi erroris & deficientis obligationis, quæ per solutionem perimatur, leges actum illum ita interpretatæ sunt & acceperunt, ut solvens crederetur hoc voluisse implicè, ut si in debitum esset, sibi restitueretur, veluti leges alibi ita interpretantur voluntatem defuncti, ut propter id quod expressit, aliquid aliud voluisse censeatur, unde tacita substitutio, & tacitum fideicommissum, *l. 4 in princip. de vulg. substitut. l. cum avus. 192. de condit. & demonstr.* Et igitur conditio indebiti est ex huiusmodi tacita conventione, quæ facit quasi contractum *iuxta d. l. 13. in fin. commodati*, ubi tamen cavendum est, ne nos decipiat ibi proposita comparatio diversorum casuum, quæ non ita accipienda est, quasi utrobique eiusdem speciei nascatur obligatio & conventio, sed quod utrobique præter intentionem agentis aliud quid & alia obligatio existat. Quid autem, si solutioni hoc expressè adiectum sit, ut si apparuisset indebitum, redderetur quod acceptum est? Et qui sano iudicio expendet *l. 2. de condict. indeb.* hoc ibi decisum esse deprehendet, quoniam & verbum repetitionis, & ipsa rubr. arguunt, condictionem habere locum: neque dubito quin perspicuè fallantur, & cum iis Hunnius ad Treutl. q. 14. qui præscriptis verbis actionem necessariam putant. Neque enim conventio tacita plus operari potest ad inducendam condictionem quam expressa: & actio præscriptis verbis ad interesse competit: & sui oblitus est Hunnius, qui ad Treutl. de mutuo th. 10. negat ex contractu innominato condictionem certi, ex hoc fundamento, quod ex eo tantum fit actio præscriptis verbis interesse. Planè non intelligo, quomodo negari possit condictio, ubi ad eam directò & expressè non conventio tendit, & contra manifestam rationem in eod. genere conventionis rectè proponantur diversæ speciei actiones, & præsentis verbis actio, ad implendum non ad resolvendum contractum dicitur *l. 5. §. 1. de prescript. verb.* facit quod sæpe expressæ conventiones tacitis causam dederunt *arg. l. si servus. 61. §. locavi. 8. de furt.* Nec movet, quod Hunnius propter expressam conventionem verum esse contractum putat, & quidem do ut reddas: etenim respondeo 1. hoc obtinere in iis, quæ natura sua expressam habent conventionem, quæ hic accidentaria est. 2. falsum esse dico, quod sit ullus contractus innominatus, do ut reddas, illud ipsum quo accepisti: quoniam ut prædictum, ista conventio tendit directò ad contractum dissolvendum, ideoque non potest constituere contractum verum innominatum: cæteroquin eâd. ratione dixerim, si quis dederit, ut aliud sibi daretur, adiecta hac conventione, ut propter motam vel pœnitentiam, rem condicere liceret, condictionem causa data esse, ex contractu verò innominato, imò cessante conditione pro repetenda re præscriptis verbis agendum esse. Hoc quidem sententiæ Hunnij omninò consequens est, sed falsum esse cum ipsa ratio, tum textus *in l. 5. §. 1. de præscript. verb.* ostendit.

XVI.

Cum autem tria sint genera indebiti, utroque iure naturali & civili, & alterutro tantum, distinctus & primò de civiliter indebito tantum videndum est.

Ita passim distinguunt Doctores, & præcipuè *in l. cum quis. 10. C. de iur. & facti ignor.* & scilicet indebitum civiliter tantum illud est, quod naturaliter tantum debetur.

tur. Vulgò iam apud neotericos iactata sententia est, quod naturaliter debitum solutum per errorem quemcunque repeti non possit. Excutiamus rem paulò acuratius, quam fieri solet à quæstionariis, quorum familiam ducit Hunnius. Iam relata opinio ex istis textibus confirmatur *l. fideiussor. 16. §. naturales. 4. de fideiussor. l. naturales. 10. de O. & A. l. 3. §. ult. quod quis. iur. in al. l naturaliter. 13. l si pœna. 19. in princ. de condict. indeb. l. sed si 9. §. ult. cum l seq. d. SC. Macedon.* His non obstantibus gl. Barr. Salic. & cæteri communiter *in d. l. 10. C. de iur. & fact. ignor.* ita denium repetitionem negant, si errore iuris solutum fuerit, sed si error facti solutum sit, licet naturaliter debitum fuerit, repetitioni locum faciunt. Pro ista opinione hæ rationes faciunt. 1. Legatum quod minui poterat per L. Falcid. si errore facti solidum præstetur, condictio competit *l. error. 9. C ad L. Falcid.* Atqui legatum hoc in solidum naturaliter debetur: ergo quod ita debetur, errore facti solutum repeti potest. 2. legatum ex minus solenni testamento errore facti, solutum repetitur *arg. l. 2. C. de fideicomm. l. fideicommissum. 62. de condict. indeb. l. 7. C eod.* Atqui hoc legatum naturaliter debetur. Ergo, &c. Minor utriusque argumenti probatur, quod voluntas testatoris inducit naturalem obligationem *argum. d. l. 2. & l. testamento. 38. de fideicommiss. libert. per not ad Treutl. p. 2. de testam. thes. 5. lit. a.* quamvis quædam, sed levicula ex sententia aliquorum in contrarium moveat Saliect. *in d. l. 10. C. de iur. & fact ignor.* 3. mutuum acceptum à filiofam. & per ignorantiam facti solutum repetitur *argu. l. fin. de SC. Maced.* notant Salic. & Dd. communiter *in d. l. 10.* Atqui mutuum hoc naturaliter debetur *l. 10. ad Macedonianum.* Ergo, &c. 4. Qui præscriptione liberatus est, errore facti si solvat repetit, *argum. l si quis. 37. de fideiuss.* Atqui hic manet obligatus naturaliter, quia præscriptio inventum est iuris civilis. Ergo, &c. 5. Quod mulier ex causa intercessionis solvit, repetit *l. qui exceptionem. 40. in princ. de condict. indeb.* atqui hoc est naturaliter debitum, quippe ex consensu. Ergo, &c. Equidem hæc argumenta in tertia figura concludunt tantum particulariter: sed ex tam multis exemplis per modum inductionis non male videtur exstrui posse universale. Verum ne hoc rectè fiat, impediunt tum supra citati textus, qui indistinctè loquuntur, tum quæ per modum instantiæ ad impugnandam universalem propositionem, adduci possunt. 1. quod debitum compensatur, illud solutum ne repeti possit, summa ratio facit: atqui debitum naturale tantum compensatur *l. 6. de compensat.* 2. pro quo debito rectà intercedit fideiussor, illud solutum non repetitur: atqui naturali obligationi tantum rectè accedit fideiussor *§. 1. Instit. de fideiuss. l. 6. §. ult ff. eod.* Ergo, &c. Ratio maioris est, quoniam hoc utilem facit fideiussionem pro naturali obligatione, quod solutum repeti non potest *d. l. 6. §. ult. cum l. seq de fideiuss.* 3. quod verus debitor absolutus solvit, hoc non repetitur *l. Iulianus. 60. de condict. indeb.* Atqui hoc ideo fit, quia naturale debitum est *d. l. 60.* Ergò &c. Propter hæc in speciem sibi contradicentia argumenta, inter sententiam Petri de Beil. Pert. qui simpliciter negavit repetitionem debiti naturalis, & gl. cæterorum Dd. qui simpliciter admiserunt repetitionem, ubi errore facti solutum fuisse tanquam duo extrema, mediam sententiam, referente Saliceto *in l. cum quis. 10. de iur. & fact. ignor. n. 2.* olim ingressus est Gulielm. de Cuneo, & ita distinxit, quod si obligatio naturalis fuerit sola ab initio, veluti ex pacto nudo, omninò cessaret repetitio: quod si concomitantiam habuisse cum civili, subdistinxit, an civilis sublata esset per iudicem, veluti per sententiam, & hic quoque cessare repetitionem, an beneficio & dispositione legis, veluti per præscriptionem, & dum demum obtinere sententiam gl. & Dd. ut locus sit repetitioni. Non movebo hic, quod obiicit Salic.

S 3 persen-

per sententiam non tolli obligationem civilem: sed hoc tantum oppono isti distinctioni, quod nulla appareat eius solida ratio, cur hoc & illo modo potius observetur, & cur concomitantia civilis obligationis faciat, ut tantò magis repetatur, quod solutum est: sed nec sibi contradicunt membra huius distinctionis. Existimo hac unica distinctione controversiam hanc definiri posse: quod obligatio naturalis vel ex conventione, aut aliàs ei assistit ius civile, non quidem effectum agendi, sed ad alios tamen plures effectus: vel descendit ex simplici iure gent. citra conventionem, aut aliàs à iure civili destituitur, quinimò infirmatur, & quodammodo improbatur. Exemplis hæc res fit apertior: & nimirum ex voluntate defuncti minus solenni, vel quæ derogat legi Falcidiæ, oritur quidem aliqua naturalis obligatio, sed quoniam L. Falcid. omninò quartam vult manere penes hæredem, & in universum lex civilis voluntatem non solennem pro nulla habet, fit inde, ut non attenta hac qualicunque obligatione, conditio eius quod per errorem facti solutum est habeat locum. Ita obligatio naturalis, quæ post præscriptionem manet, iure civili habetur pro inefficaci, ut tractavimus ad Treutl. *de fideiuss. thes. 3. lit. h.* Eodem modo non attenditur in iure nostro obligatio naturalis, mulieris intercedentis contra Velleian. quia senatus improbat obligationem *l. si mulier. 16. in fin. ad SC. Velleian.* eamque non sinit esse efficacem *l. 9. C. eod.* Eadem conditio est obligationis pupilli, qui utcunque proximus pubertati ex consensu naturaliter obligetur, ea tamen obligatio favore eius à iure civili infirma a, condictionem indebiti non potest inhibere *l. quod pupillus. 41. de condict. indeb.* Ubi ineptè obiicitur post alios ab Hunnio *l. in nomnu. 19. §. 1. de reb. credit.* neque ea res, ut Hun. credidit, difficilis est, sed plus quam perspicuum, quod *in l. interdum. 29. de condict. indeb.* de debito quod pupillus ipse contraxit, sed *in l. 19. §. 1. de reb. credit.* de debito ritè contracta tractetur: quod Dd passim notant, ut cum Hunnio multa hic verba inaniter perdere, & ad unicum Duarenum confugere, nihil esset necessum v. tamen, quæ scribit *Salic. ad l. 2. C si advers. solut.* Denique huc refero, quod si filiusfam. pecuniam mutuo acceptam contra SCtum, & per errorem facti solutam repetit *d. l. fin. ad SC. Maced.* quoniam videlicet odio fæneratoris lex civilis obligationem illam naturalem in statu suo non relinquit: quamvis *in d. l. fin.* non repetitio sed exceptio tantum detur, de quo mox dicemus. His ita constitutis, efficitur 1. quod errent recentiores Interpretes simpliciter statuentes, quod naturalis obligatio inhibeat condictionem indebiti, cum quibus transit Hunn. rem istam jejunissimè tractans. 2. Errare etiam veteres interpretes, qui simpliciter concedunt repetitionem naturalis debiti, per errorem facti soluti, quos sequitur *Salicet. in l. 10. C. de iur. & fact. ignor. num. 2.* ubi committit petitionem principii, dicens textus suprà citatos, qui negant repetitionem, per alios textus restringi: & peius ad objectionem illam de compensatione *ex l. 6. de compensat.* & æquitate obligationis naturalis, respondet, quod illa sit æquitas in genere, quæ excludatur per æquitatem in specie, propter errorem intervenientem. Etenim error non facit cessare æquitatem obligationis, & illud de compensatione speciale est, & natura est huius obligationis, ut solutum retineatur, neque quod iure gent. debetur, indebitum dici potest.

Et hinc decidenda quæstio est, non leviter inter Dd. agitata, an obligatus ad antidota, si solvat, habeat indebiti condictionem. Et Dd. affirmant, sive per errorem facti sive iuris solutio facta sit. Illud adeò, quia simpliciter statuunt errorem facti parere condictionem, etiamsi naturalis subsit obligatio: hoc quia putant ullam subesse veram naturalem obligationem, & apud eos constanter tenetur, de quo mox plura,

quod

quod error iuris solus deficiente obligatione naturali, non impediat repetitionem. Et ego hactenus cum Dd. sentio, quod ista obligatio ad antidota, non sit ex eo genere naturalis obligationis, quæ iure civili certos, & non levis habet effectus, v. c. compensationis, retentionis, accessionum, pignoris, constituti, fideiussionis. Pone, eum qui Titio donavit, eidem debere decem ex mutuo: nego donatorem contra Titium agentem ex mutuo, ulla se exceptione defendere posse. Et longè abieris à natura beneficii, quod sit solius liberalitatis exercendæ gratia, si exceptionem aliquam admiseris: sed & beneficium præter naturam eius in præstationes mutuas absurdè converteris: quod præsertim beneficia æstimantur, ex necessitatibus rogantis vel utentis, & sola etiam animi gratitudine aliquando compensentur: prorsus non decet beneficium dantem, hoc corrumpere, & sub eius prætextu captare lucrum: eoque obligatio nulla, quæ possit habere præstationes mutuas, ex beneficio nasci potest, sed sequitur tantum mero iure naturæ, ex gratitudine accipientis, in quibus terminis jus civile istam obligationem relinquit, iuxta tradita ad Treutl. *de condict. indeb.* Secundum quæ hactenus cum Dd. sentio, si ponas errorem facti, & alterum, dum aliunde se obligatum putat, solvisse, condictioni locum esse, cum utique definiri non possit, quantum pro beneficio dato sit retinendum. Longè enim erraverit, si eo quod quis mihi donavit decem, protinus ad decem me quoque obligatum esse putet, cum ex variis circumstantiis hoc sit æstimandum. Et valdè jejunè & ineptè hic disputat *Hunn. ad Treutl disput. 22. & ad Institut lib. 3. tractat. 3. quæst. 4.* & inter cæteras, obiectio eius, quod errore iuris solutum non repetatur, duplici vitio laborat, tum quod etiam potest intervenire error facti, tum quod Doctores præsupponunt, deficiente naturali obligatione, errore etiam iuris solutum posse repeti: & errat amplius Hunn. dum putat Zasium & Covarr. hactenus secum sentire: quinimò nec dubitat Zasius, quin hoc ita sit, & error iuris non impediat condictionem, ubi deest obligatio naturalis: sed hoc unum contra Dd. contendit, sufficientem hic esse obligationem naturalem, quæ concurrente errore iuris inhibeat repeti solutum. Verum hactenus cum Zasio errat Hunn. quod existimant hanc esse vere naturalem obligationem: & verissimè hic disputat *Donell. 12. comment. 2.* quod *in l. sed etsi. 25. §. consuluit. 11. de petit. hæred* dicatur donatarius naturaliter obligatus ad antidora, ex simplici honestate, & instinctu iuris naturæ, quod iubet gratiam reddere benefactoribus: qua de causa etiam expressè eo loco negatur possessor locupletior esse, eo quod sibi alium ad antidota obligavit, & tum demum locupletior esse dicitur, ubi donatarius pro beneficio accepto aliquid solvit. Et prorsus ineptè Hunn. cum Zas. ita concludit: si locupletior factus est possessor, si cogitur id restituere hæredi, si datio & retributio habent se instar permutationis, ergo non potest donatario condictio indebiti dari contra possessorem. Etenim ibi actualis retributio facta est non ullo errore, sed à prudente faciente remunerandi causa, ut satisfieret qualiquali obligationi naturali, eoque nulli condictioni locus esse potest: merito autem hoc quod accepit restituere possessor vero hæredi, tenetur, quoniam ex bonis etiam hæreditariis alterum ad antidota sibi obligavit, si sicut eximitur à damno, ita quoque lucrum penes eum manere non debet: & verissimum est, quod *Donell. cit. loc.* ait, donatarium obligatum esse ex libera voluntate sua, si iterum quid præstare velit: quibus tamen verbis non negat, quod ineptè infert Hunn. nullo modo eum dici posse obligatum. Malè etiam à Zas. adducitur *l. idemq; 10. §. ult. mandati.* fallitur enim, dum negat fideiussorem ibi pro eo haberi, ac si solvisset: quia imò est ibi fictio brevis manus, perinde ac si fideiussor solvisset creditori, & ab eo vicissim

remu-

remunerandi causa accepisset: ut tamen non negetur, quin obligatio antidotalis in considerationem veniat, sed quæritur an sufficiat, ad impediendam repetitionem eius, quod errore solutum fuit. Quæ licet ita sint, nihilominus tamen cum Zas. sentio, si donatarius remunerandi causa solvat, dum putat ad hoc faciendum efficaciter se esse obligatum, repetere eum non posse: quoniam utcunque desit vera naturalis obligatio, quæ quidem jure nostro pro tali habetur, illa tamen meræ honestatis obstrictio merito ipsi obesse debet: & cessant hi & in his terminis rationes superiores, quia donatarius tantum solvendo, tanti etiam beneficium acceptum æstimasse censetur, neq; potest prætendere talem ignorantiam, ut dicat se non putasse tanti esse beneficium: & omnino improbus sit, qui post solutionem allegat se noluisse compensare beneficium, nisi ad id jure civili fuisset obstrictus. Sed de his plus satis.

XVII.

Quæritur inde de altera specie indebiti, videlicet naturaliter tantum, an & quando solutum repeti possit.

Hoc scilicet est, quod dicimus civiliter debitum tantum, in quo, ut explicatum disput. 1. deficit vinculum æquitatis. De hoc Dd. statuunt communiter, etiamsi errore juris solitum sit, condictioni locum esse, veluti si qui pactus est de non petendo, vel juravit se non debere pecuniam solverit. Et quamvis recentiores Interpretes passim indefinite per errorem iuris condictionem impediri statuant, ego tamen omnibus mature & accurate expensis, in Dd. illam sententiam concedo: pro qua facit *l. si non sortem 26. §. indebitum, 3. de condict. indeb.* ubi simpliciter condictio datur, excepto unico casu, quo sciens quis solvit, nec nisi absurde & falso eandem rationem scientiæ & erroris iuris hic esse quis affirmaverit. Facit etiam *l. qui se 7. de condict. caus. dat.* ubi repetit, qui se debere putabat, cum exceptione doli tutus esset. Facit perspicua satis ratio: cum enim condictio indebiti ex bono & æquo detur, nonnisi exceptione æquitatis ex adverso poterit excludi, nulla autem hic æquitas est, quæ defendat excipientem: & cum deficiant effectus te vera omnes in obligatione nuda civili, nec admitti potest retentio soluti, neque error solus iuris, qui est in solvente, ad retinendum hoc indebitum patrocinari accipienti potest. Ostendimus nimirum *ad Treutl. de fideiuss thes. 3.* quod huiusmodi debitum non possit compensari, non constitui, non novari, quod ei nec fideiussor nec pignus accedere possit: nihil operetur, nisi ut nude in iudicium deducatur, & formulæ impetrandæ sufficiat: quin & amplius quam prætor concedat in dubio, dum v. c. de pacto aut viribus eius dubitatur, nunquam eam concessurus, si de veritate ipsi constaret, quippe ipse custos æquitatis procul dubio repulsurus actorem, agentem ex obligatione, quæ destituitur æquitate *l. 94. §. 4. de solut. in princ. & §. 1. cum seqq. Institut. de except.* Textus elegans *in l. nam posteaquam. 9. in princ. de iuretiur.* ubi in re liquida propter æquitatem exceptionis prætor protinus deneget actionem, sed in re dubia cum exceptione concedi. Et quis igitur sibi persuadeat, errorem iuris facere, ut retentio detur accipienti? quod præsertim diserte responsum est *in l. iuris. 7. cum l. seq. de iur. & fact. ignor.* errorem & ignorantiam iuris in damnis amittendæ rei suæ nemini nocere; ex quo erroris aperte convincuntur, qui eandem scientiæ & erroris iuris rationem esse volunt. Huc pertinet, quod in genere responsum est, *in l. qui exceptionem. 40. in princ. de condict. indeb.* eum qui perpetua exceptione tutus est, adeoq; civiliter tantum obligatus, solutū repetere: quoniam scilicet, ut iam probatum, obligatio illa nuda civilis pro nulla est:

nemo

nemo autem opinor dixerit, eum excludi à condictione, qui pecuniam nullo jure debitam, quocunq; errore solvit. Confirmatur hæc sententia ex oppositione, quæ *in d. l.* 40. constituitur inter filiumfam, & mulierem: ait enim JCtus, quod mulier quidem condicat solutum, non autem filiusfam. Et cum tamen probetur *ex l. fin. ad SC. Macedon.* quod filiofam, detur condictio, si errore facti solvat, necessario *d. l.* 40. *de condict. indeb.* accipienda erit de filiofam qui solvit errore juris. Quamvis enim *d. l. fin.* tantum loquatur de exceptione concedenda, ita tamen loquitur, ut appareat solutione facta etiam condictioni esse locum. Et quamvis itidem obligatio naturalis Macedoniano SCto non sit sublata *l.* 10. *ad Macedon.* attamen hactenus illa obligatio non attenditur in solutione facta per errorem facti ex rationibus thesi præced. allatis: & cum tamen obligatio illa naturalis alibi attendi dicatur, ut non repetatur indebitum *l.* 9. *§. ult. cum l. seq. ad Maced.* oportet hoc locum habere in errore juris & consequenter, ubi nulla subest naturalis obligatio, etiam per errorem juris solutum repeti posse. Ex quo regula *d. l.* 40. *de condict. indeb.* de exceptione perpetua, limitanda est, ut obtineat, si exceptio excludat æquitatem, & naturalem obligationem, quæ vel plane non subsit, vel iure civili infirmata sit: ex quo fit, ut verus debitor per sententiam absolutus, cum naturalis obligatio hoc modo non tollatur, quod solvit non repetat, per text. expressum, (quem frustra & inaniter torquet *Donell.* 12. *comment.* 12. ut perpetuam faciat regulam *l.* 40. *de condict. indeb.*) *in l. Iulianus.* 60. *de condict. indeb.* ubi hæc peremtoria ratio redditur, quod debitor natura maneat. Cæterum JCtus *in d. l.* 40. distinguit inter exceptionem favorabilem & odiosam: ex quo gl. notat, eum qui exceptione doli tutus est, solventem non repetere: & eadem *in l. qui se debere.* 7. *de condict. caus.* quam ibid. sequitur Bart. Sed iis contradicit ratio, quod dolus interveniens excludit æquitatem & obligationem naturalem, neq; æquum est, dolum prodesse alteri ad effectum retentionis: idq; ipsa *d. l.* 7. non obscure confirmat: Cùm & absurdum sit, considerare tantum personam dolosi, non decepti, cui subveniri æquissimum & favorabile est: idq; animadvertit ipse Bart. sibi contrarius *in l.* 2. *C. quod met. caus.* ubi condictionem concedit, ex iam dicta ratione, & addit absurdum esse, ut melior sit conditio delinquentis, & respondet *ad d. l.* 40. *de condict. indebiti.* quod alia ratio sit exceptionis Macedon. quæ quodammodo offendat naturalem obligationem & æquitatem, quæ ex contractu mutui descendit, cum aliàs filiusfam. ex omnibus causis obligetur: sed & hæc diversitas manifesta est, quod exceptio Macedoniani non tollit naturalem obligationem quam omninò tollit exceptio doli. Eandem opinionem probat Cyn. *in d. l.* 2. *C. quod met. caus. & eleganter Castrens. in d. l. qui se debere.* 7. *n.* 4. si quis inquit, dolo vel metu me induxit ad promittendum, exceptio doli vel metus mihi competens est secundum naturalem æquitatem, ideò dicitur favorabilis, & inducit repetitionem soluti multò magis quàm aliæ exceptiones, in quibus non intervenit delictum creditoris. Idem probat *Iason. in d. l.* 7. *n.* 2. ubi addit, quod in exceptione Macedoniani solvens tractet de lucro, sed in exceptione doli, de vitando damno, & ait tenere Fulgos. & omnes modernos: quòd ideò monere visum fuit, quia *Donell.* 14. *comm.* 12. Doctoribus in universum, & communiter illum errorem videtur imputare. Et itaq; ut concludam, statuo cum Dd. quod indebitum naturaliter & debitum civiliter tantum, etiam errore iuris solutum, repeti possit, per rationes memoratas, quibus solidi nihil responderi video, præsertim verò *ad l.* 7. *& 8. de iur. & fact. ignor.* & ingenuè fateor, me aliquando non sine rubore & pudore usum esse vulgata recentionum responsione, quod videlicet

licet, qui vult condicere indebitum, non de damno vitando, sed lucro captando agit, quoniam solvendo amiserit dominium Equidem & summo iure dominium sit translatum, attamen cum causa falsa, & ita revera nulla fuerit, certè iniusta, æquitati repugnat, ut dominium in perpetuum sit amissum: & omninò captatoria & cavillatoria illa responsio est, neque mihi persuadere possum, quod ibi JCtus jejunam subtilitatem verborum potius, quam rem ipsam considerare voluerit: Quin si rem exactius pendamus, inepta illa responsio est, & nulla, quoniam utique posita sententia neotericorum, solvendo per errorem iuris, in perpetuum amitto dominium, & rem meam, atque ita necessario error iuris in damno amittendæ rei mihi nocet, contr dd. text. neque enim de tempore condictionis instituendæ, sed solutionis factæ quærendum & respondendum est: & textus illi negant, quod errans in iure rem suam amittat, videlicet ita ut nullum ei supersit remedium: ex quo ita concludo. Quicunq, solvens errore iuris ita amittit dominium, ut nulla ei competat repetitio, ille per errorem iuris amittit rem suam, adeoq; error iuris in admittenda re sua nocet; atqui ex sententia neotericorum, qui per errorem iuris soluit, ita amittit dominium: ergo error iuris in damnis amittendæ rei nocet. Cum hæc conclusio falsa, & forma bona sit, necessariò sequitur, alterutram propositionem esse falsam, adeoq; cum maior manifestam habeat rationem, propositionem minorem, quæ continet opinionem neotericorum. Et sane ubi nulla Justa causa retentionis est, locum habere debet condictio & quod ego in iure erravi, hoc iustam tibi retinendi causam nullo modo præstare potest: eoq; verissimum est, quod error iuris solus non noceat, sed inhibeatur repetitio, ubi aliqua intercedit obligatio naturalis, quæ iustam facit retentionem. Et de hujusmodi casu existentis qualis qualis etiam naturalis obligationis loquuntur textus qui errore iuris solutum reperi posse negant, veluti ubi quis ex minus solenni testamento, vel ultra Falcidiam solvit, veluti in specie *l. 1. C. si adv. r. solut.* ubi proponitur indebitum legatum: item *in l. error. 9. C. ad L. Falcid* ubi per errorem iuris ultra quartam solutum est, in quibus terminis recta est comparatio ibid. proposita scientiæ & erroris iuris: ita *in l. 7. C. de condict. indeb.* pariter fit mentio legati indebiti. Et secundum hos textus alii simpliciter loquentes sunt accipiendi, cum præsertim aliàs pervulgatum sit, ex legibus Codicis quæ ad privatos consulentes scriptæ sunt, argumentum à contrario sensu non procedere. Hunnius ad Treutl. hic quoq; aberrat, & prorsus vitiosè indistinctè affirmat, quod naturalis obligatio inhibeat soluti repetitionem, & cætera quoque de exceptione doli & alia eo pertinentia jejunissimè tractat, ita ut nemo ab eius lectione doctior discedere possit. Sunt plane casus, quibus simpliciter indebiti solutio cessat, veluti ex causis transactionis, pietatis, & ex quibus lis crescit per inficiationem, &c. quæ ab aliis satis explicata omitto.

XVIII.

Condictio ob turpem causam est condictio, per quam ab alio turpiter acceptum repetimus.

Etenim ubi turpitudo vel ex parte dantis tantum, vel utriusq; intercedit, condictio cessat: ex quo decidit Ulp. *in l. 4. §. 1. de condict. ob turp. caus.* quod meretrici datum est, condici non posse, sive utriusq; turpitudinem hic versari dicas, sive dantis tantum: qua posteriori ratione nova, ut ipse ait, dicto loco utitur Ulp. eaque ratio prorsus necessariò concludit, quod mulier meretrix, promissum quoque sibi exigere possit,

possit, siquidem ex hypothesi Ulpiani solius dantis turpitudo versatur. Hoc quidem videri possit, & absurdum & impium: sed nihil absurdi habet apud veteres Romanos, qui lupanaria publicè permittebant Et ex illa ratione Ulpiani ad hoc moventur *Cyn. in l. 2. C. de condict. ob turp. caus. Salicet. ibid. n. 3. Bart. in d. l. 4. §. sed quod in fin. D. eod & alii citati à Ias. ibid.* nec quicquam illarationi respondet Zas. *in d. l. 4.* & ideò nec Hunnius ad Treutl. *disp. 22 th. 3.* quia sua ex Zasio descripsit, qui ibid. etiam frigidissimè tractat quæstionem satis difficilem, an qualitas objecti turpis conventionem faciat ipso iure nullam, an verò sit opus exceptione: quod posterius confirmatur *ex l. pen de condict. ob turp caus.* ad quam nullius momenti est responsio altera *Bart. in d. l. pen.* quam ex Donell. adscripsit Hunnius, quod ibi sit casus turpitudinis tacitæ: quoniam imò proponitur disertè ob turpem causam promissam fuisse. Sunt qui *d. l pen.* de turpi causa præterita accipiunt, quæ significatio etiam frequentior est causæ, & ita sumitur *in l. 1. in pr de condict. ob turp. caus. l. damus. 52. de condict. indeb.* Dixi aliquid hac de re ad Treutl. nec quicquam hic addo, nisi quod Salicet. *in l. 2. C. quæ vi metusve caus.* pro conciliandis variis textibus ita distinguit: aut inquit, causa non fuit expressa, & tunc est ipso iure aliqua, sed inefficax: aut causa fuit expressa & hoc aut in vim, & in forma conditionis, & stipulatio est ipso iure nulla; aut in vim modi, & tunc porrò aut promissio facta est, nec certum maleficium committatur, & tunc etjam est ipso iure nulla; aut facta est, ut certum maleficium fiat, & tunc in odium promittentis est aliqua, & similiter in odium stipulantis est inefficax, ut ei obstet doli exceptio, quia par utriusque est causa *l pen. inf. de condict. ob turp. caus.* sed fiscus aufert à promissore, sicut abstulisset à stipulatore, si ei solutum fuisset *l Lucius. de iur fisc.* & ideò in eius odium fore ipso iure aliquam, qua fiscus aliàs non haberet, in quo se fundaret: *facit auth. sed novo iure. C. de pen. iudic.* aut promissio facta est, ut stipulator ei impleat id, ad quod ex contractu præambulo tenetur, & tunc promissio est aliqua, sed agenti ex ea, qui turpis est ex parte sua, obstat exceptio doli, ut *d. l pen. in pr. d. condict. ob turp. caus.* Hactenus Salicet.

XIX.

Condictio causa data, est condictio, qua datum ob causam futuram, ea non sequuta repetitur.

Constat satis hic significari datum ob causam non præteritam sed futuram: quod alibi dicitur ob rem datum *l. 52. de condict. indeb.* aut certa lege datum *l 6. C. de rer. permut.* De origine & causa efficiente huius condictionis non plane constat: & vulgò creditur eam nasci ex contractu innominato: quod videtur dictum paulò insubtilius & minus propriè: quoniam cum contractus ipse & eum constituens expressa conventio sit de dando vel faciendo, non potest condictio, qua datum repetimus ex contractu ipso propriè descendere: cum præsertim *in leg. 5. §. 1. de præscript verb.* ICtus doceat actionem ipsius contractus præscriptis scilicet verbis, non dari ut res reddatur, sed ut interesse præstetur. Non ignoro aliquando actionem contractus non admittunt contractus innominati. 2. Sunt speciales præstationes contractui ex etiam ad dissolvendum contractum dari, ut in specie *l. ex emto. 11 §. 5. & 6. de act. emt. l. 6. §. 1. de contrah. emt.* Sed sunt ista dissimilia: quoniam 1. in jam dd. textibus agitur de contractu emti, qui varias prorsus recipit præstationes, quas ita post facto & ex accidenti insertæ, veluti ad redhibendum, & ad arrhas repetendas. 3. Constat quod actio præscriptis verbis ad repetendum non detur, sed specialis con-

dictio. Deniq; v. c. venditioni non insunt illæ præstationes & conventiones, sicut contractibus innominatis inesse intelligitur conventio de restituendo, si non stetur conventis. Ideoq; existimo hanc condictionem esse ex quasi contractu & tacita conventione, quæ præter id, quod expresse agitur, infit, non secus ac in solutione indebiti contingit: sicut enim in hac præter id quod expresse tractatur, tacite agitur aliud, ex quo nascitur condictio indebiti: ita hic præter conventionem expressam de dando vel faciendo, tacite agi dicemus, ut si non fiat, vel detur vicissim, liceat repetere quod datum est, unde nascatur condictio causa data, &c. Et hoc præcipue apparet in casu pœnitentiæ: quamvis & hoc non absurde eo referri possit, quoniam ex natura contractuum innominatorum pœnitere licet: quin & hoc casu simul concurrit mora alterius qui si dare vel facere iuxta conventionem prævertat, excludit condictionem. Neque movet, quod *in l. cum precib.* 4. C. *de rer. permut. in fin.* præscriptis verbis actio proponitur, qua consequamur, ut vel fides placiti servetur, vel quod datum est, causa non sequuta restituatur: etenim paulo pinguius ibi loquuntur Impp. & omnem actionem, quæ ex causa contractus innominati nascitur, sub actione præscriptis verbis, quæ principalis est, comprehendere videntur: quamvis transposita particula, *vel*, quod de actione præscript. verb. dicitur, ad illud, *ut fides placiti tibi servetur*, restringi possit: utiq; constat condictionem diversam prorsus esse ab actione præscrip. verb.

Non tempero mihi, quin ad explicationem *l.* 3. *C. de condict. ob caus.* hic adscribam quæstionem: si res data sit sub ea conditione, id est, lege & pacto, ne alienetur, ut in specie *d. l.* 3. an hoc pactum impediat, ne res alienati cum effectu possit ab eo, qui sub eo pacto rem accepit, & ne dominium transeat in tertium, an vero tantum producit actionem personalem ad interesse, vel æstimationem si contra pactum res fuerit alienata. Et *gl. in d. l.* 3. *& ibid. Cyn.* referunt tres principales opiniones: Primam Rogerii & Martini, qui dominium transire negaverunt: Secundam Johannis & Azonis qui affirmaverunt: Tertiam Bulgari qui distinxit, an pactum adjectum fuerit conventioni, an traditioni: sed prorsus inepte, quoniam pactio adiecta simplici conventioni nihil aliud operari potest, nisi ut formet actionem contractus, vel ut alii volunt, præscriptis verbis actionem pariat. Verissima opinio est Johannis & Azonis, etiamsi pactum adiectum traditioni fit, tamen impediri translationem dominii non posse, quam sequitur *Cyn. d. l. c.* & testatur ita sentire omnes Modernos: eamq; sequentes magno consensu sequuti sunt *Bart. Castrens. & alii in l. si quis. ita.* 135. §. *ea lege. de V.O. & in d. l.* 3 *C. de condict. ob caus.* & tradunt illi *add. §. ea lege*, hoc summarium: pactum de non alienando adiectum etiam traditioni rei suæ non impedit fieri alienationem, sed tantum facit, ut nascatur actio ad interesse quæ ipsissima pura puta veritas est, quam Dd. recte confirmant, tum *per d. l.* 115. tum hac ratione, quod pactum prohibendo non possit impedire dominii translationem, eoq; nec disponendo. Sed solidissime sententiam istam confirmat unica hæc ratio, qua iidem Dd. moventur: quod pactum non potest afficere rem, sed tantum personam, cum sit nuda conventio, quæ nonnisi actionem personalem producere potest: neq; traditio facta ex iusta causa, pure & sine cōditione suspensiva impedire potest dominii translationem, quod cum sine controversia sit translatum in primum accipientem, nulla ratio reddi potest, propter quam porro dominium transferri nequeat: prorsus eo posito, quod certissimum est, per pactum rem non affici, necessario infertur ad dominii translationem. Cum itaq; *Ant. Faber. dec.* 87. *err.* 5. *& seqq.* agnoscat, quod etiam per se

certum

certum est, purè traditionem factam in specie *l.* 3. *C. de condict. ob causam*, itemq;, hinc transire dominium in accipientem, tantò crassior error eius est, existimantis pacto huiusmodi adiecto impediri alienationem. Inepta autem prorsus eius responsio est, ad modò propositam rationem, quod pactum non sit nudum: inde enim absurdè infertur, ergò impedit alienationem; quoniam hoc excedit potestatem pacti & omnis conventionis, ex qua sicut non transferrur dominium ita nec eius translatio impeditur: & quod pactum non est nudum, hunc effectum habet, ut tradenti competat actio personalis contra accipientem, qui in legem conventionis peccavit: utiq; quod non est nudum pactū, non ideò desinit esse pactum & conventio, neq; traditio cui pactum adjectum est, directa ad dominium transferendum, impedire potest sequentis traditionis effectum: & aliàs ex sententia Fabri hoc quis effecerit, quamcunq; legem adiectam traditioni rei suæ, impedire translationem dominii, quoniam possit dici, deficere voluntatem tradentis sub certa pactione. Et hinc ineptior est altera responsio Fabri, quod dominium non transeat, nisi ex iusto titulo, præcedente domini voluntate, quæ hic deficiat: (quamvis in hoc sibi non constet) etenim hoc falsum, & imò utrumq; adest, sed illud tantum quæritur, an vi pacti adjecti effectus alienationis sequutæ impediri queat: nec minus perspicuè falsum est, quod Fab. ait, pactum de non alienando appositum facere, ut qui rem ita accepit, non aliter se dominum dicere possit, quam si pactum servet: utiq, impudentissimum sit negare, quod in specie l. 3. transiverit purè dominium in accipientem, & ipse Fab. identidem agnoscit. Sed pro sententia sua argumentatur Fab. 1. *ex l. in traditionibus*. 48. *de pact.* quodcunq, pactum valere adjectum traditionibus rerum. Resp. & initio, quod regula illa pertineat ad traditiones informes, quæ non fiunt ex certo contractu nominato, qui proprias suas præstationes habet: nam & absurdum & falsum est, quod quidvis liceat adjicere traditioni v. c. ex vendito vel mutuo, ut ostendimus *ad Treutl. de pact. thes.* 10. Deinde Dd. tribus verbis respondent, quod pactum valeat & operetur secundum naturam suam, quæ est, producere obligationem, non autem inhibere dominii translationem: neq; ulla eiusmodi actionis personalis formula extat, qua quis intendat alienationem esse nullam. Sed & ineptus sit, & prorsus aberraverit qui existimaverit, hanc esse sententiam *d. l.* 48. quasi præcisè pactum sit servandum, quod traditioni adjectum est, sed ut plurimum interesse præstare sufficit, plane nulla consequentia est: pactum valet, ergo dominium non potest transferri, quoniam ita valet, ut producat actionem in personam. 2. adducit Fab. textum *in l. ea quidem*. 5. *C. si mancipium ita fuerit alienatum*, iuxta quam pactum adjectum venditioni servi ne manumittatur, impedit libertatem. Resp. esse ibi speciale in servo, & specialitatis rationem hanc Bart. reddit, quod manumissio non sit actus iterabilis, intelligens sc. illud ipsum, quod Accurs. & Cyn. scribunt *in l.* 3. *C. de condict. ob caus.* difficilius libertatem concedi, quæ nunquam revocetur, alienata autem res iterum in potestatem primi alienantis reverti potest: & scilicet hoc ita receptum fuisse videtur, propter improbos servos, & in dominum delinquentes, cuius interesse non parum potest, ne servus manumittatur. Speciale hoc esse probat ipse textus *in d. l.* 5. qui proximam decidendi rationem suppeditat: quod videlicet conditio de non manumittendo inhæreat personæ servi venditi, ideoq; non possit mutari ab emtore: quæ verba necessariò probant, quod per illud pactum afficiatur ipsa res vendita, servus, & hoc non sola potestate conventionis, sed iuris & legis, quæ pactioni hunc effectum dedit: itaq, qui vult tueri Fabr. vel veterem Regestum, illum necesse est probare, quod pactum de non alienando, non minus afficiat

rem venditam, quam pactum de non manumittendo afficit servum: hanc a. probationem nunquam Faber, nec quisquam al. us implebit: adeoq; firma manebit in caeteris regula, quod ex pacto nonnisi actio personalis oriri possit: falsissimum autem fit, quod Fab. fine textu & ratione, ipsam rem per pactum affici affirmat, per puerilem sive lusum sive lapsum *d. decad.* 80. *c.* 7. ad hoc probandum adducens *d. l.* 5. *C. si mancip. ita fuer. alien.* ubi conditio dicitur inhaerere personae, hoc effectu, ut impediatur manumissio: atqui pactum de non alienando utique afficit personas, ergo impedietur alienatio: puerilis inquam ista fallacia est, quoniam persona, cui dicitur inhaerere conditio, & quae afficitur *in d. l.* 5. est ipsa res vendita, videlicet persona servi, non autem persona venditoris vel emptoris, quae ex conventione ita tantum afficitur, ut obligatio personalis nascatur, non autem ut ipsa res afficiatur, extra casum *d. l.* 5. *C. si mancip. &c.* 3. obiicit Fab. *l.* 3. *C. de condict. ob caus.* ex qua tamen Doctores sententiam suam confirmant, & scilicet ex alternativa ibi proposita posteriorem ex rationibus praemissis veram esse existimant. Mihi simplex illius loci sententia haec videtur, quod Impp. verbis, *id efficit ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet* significent sententiam pacti & voluntatem tradentis: sequentibus autem verb. *vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur*, denotetur ius tradentis, quod ille ex pacto consequatur, & quid obtineat, si contra pactum res fuerit alienata. Ex quo apparet, quam longè aberrent, qui ad illum locum notant, pactione ea hoc effici, ne donatori abscedat dominium, & ut ei vindicatio detur, qua rem possit tertio auferre: quae tum à ratione iuris, tum à mente Impp. alienissima sunt. 4. ita argumentatur Fab. quod si lex impedire potest translationem dominii, etiam poterit pactum, Respondeo per infieiationem consequentiae, quoniam imò lex longe operatur potentius, quam conventio privatorum: sed & malè infertur à prohibitione testatoris, de quo aliàs dicemus. Nihil etiam facit pro Fabr. *l.* 3. *C. de donat. quae sub mod.* quoniam quod ibi proponitur, merae est aequitatis contra iuris rationem: sed & ibi non actio in rem, sed in personam, ex conventione alterius accommodatur. Nec minus speciale est, quod *in l.* 1. *C. eod. tit* donatori favore alimentorum utilis actio in rem accommodatur: speciale etiam est, quod *Iustin. Nov* 120 *c.* 9. favore Ecclesiarum constituit, in quas etiam nuda conventione dominium transit & facit, quod Oeconomi, Episcopi vel alii Praelati, non domini, sed tantum administratores sunt. Scrupulum etiam movere hic possit *l.* 7. §. 2. *de distract pign.* de cuius sententia aliàs contra Fabr. dicemus: neque enim nimis hic evagandum est: & caetera quoque, quae circa hoc *d. dec.* 87. *cum* 3. *seqq. capp.* ad explicationem *d. l.* 3. *C. de condict. ob caus. & l.* 135. § *ea lege. de V. O* erroneè & malè disputat Fab. eodem referimus: aliqua autem subinde contra Fabr. & adspergere libet, ut studiosi intelligant, quantum novatori illi & vero Thrasoni, qui in omnes Interpretes, & ipsos JCtos nostros arroganti supercilio censuram usurpet, sit tribuendum.

XX.

Condictio furtiva est condictio, qua rem nostram (*a*) nobis subreptam petimus (*b.*)

(*a*) Condictio regulariter eiusmodi actio est: quae datur contra dominum ei, qui non est dominus, ut docet Iustin. *in* §. *sic itaq; Instit. de act.* ubi ait non posse nos intendere, rem nostram nobis dari oportere, nisi contra furem, idq; ita specialiter odio furum receptum esse: quo pertinet illud JCti *in l. ult. usufructuar. quemadm. cav.* neminem

neminem rem suam condicere præterquàm furi.estq; hoc generale utiq; regulare in omnibus condictionibus:eoq; perspicuè errat *Fab. decis. 78.err.4.* dum statuit,condictionem sine causa dari domino:est enim speciale *in l. 6.§. 5.rer.am.* Verum cum fatente Justin.in formula illâ agendi, *dare*, significet dominium transferre, fieri nulla ratione posse videtur,ut fur condictione & huiusmodi formula conveniatur, quippe qui dominium quod non habet,transferre non potest,cum nec amplius dominus fieri possit,qui dominus jam est. siquidem condictio furtiva soli domino datur *l. 1. de cond. furt. l. eum qui. 14. §. qualis. 16.de furt.* Res hæc varias disputationes & explicationes Interpretum peperit:& *gl. in d.* §. existimat, quod condictio furtiva non sit ad dandum,sed ad restituendum:cui obstat, quod ita exceptio non sit futura de regula, contra mentem & verba Justin. qui cum præmisisset, per condictionem non posse quem intendere,rem suam sibi dari oportere, statim excipit condictionem furtivam: quamvis ab hac objectione Gomezius *ad dict. §. Sic itaque num. 28.* A ecuisum salvare conetur, in eam sententiam, quam ibidem *num. 10.* proponit *Iohan. Fab.* ut verba Justiniani, *si apparet eos dare oportere*: non referantur ad condictionem furtivam, sed ad condictionem prout est genus, & prout ponitur pro omni actione personali: quasi diceret fur tenetur condictione furtiva ad restituendum, sicut teneretur quicunque alius alia condict one ad dandum. Sed ingenue Johannis Fab. ait se credere,quod qui cum textum composuit,de isto non cogitaverit *Petrus de Bell. Petr. in sæpè d. §.sic itaq; d.act.col.2.* ait non esse impossibile,rem meam mihi dari,in casum quo mea esse desiit: verum non satis capio,quid sibi his verbis velit: quoniam quæritur de condictione furtiva,danda ei qui adhuc dominus est, & pro re etiam extante,& cum per furtum res ipsa vitium contrahat, non intell go, quomodo citra factum domini ipsius esse desinat. Simplicior videtur esse sententia *Ioh. Fab. d. loc. n. 1.* cum hæc sit natura condictionum, ut intenentur ad dandum,& placuerit condictionem dari contra furem, necessariò etiam sub hac ipsa formula concedendam fuisse, cùm præsertim sæpe de æstimatione tractetur: quam sententiam etiam probant & explicant *Ias. in d. §. sic itaque n.33. & 34. Angel.ibid.n. 2.*idemq; probat *Bart. in l.scire debemus 29.§.si à fure de V. O.* Sed quicquid etiam moveamus, incidere nos pene oportet in opinionem gl,quod condictio hæc verbis quidem, ubi de re ipsa agitur subrepta, sit ad dandum,sed effectu & re ipsa ad restituendum & facit *d. l. 29. de V. Obl.* ait ibi JCtus,si quis mihi servum meum subripuerit, non posse me stipulari, *eum hominem mihi dari*, sed tamen posse me stipulari, *quod ex causa condictionis dare oportet*; ex quo necessariò sequitur, verbum *dandi* in formula illa contra furem impropriè & abusivè usurpari: & prorsus datur condictio contra furem,ad instar aliarum condictionum,ad eum finem,ut effectibus illis, quos aliæ condictiones habent, locus fieri possit. Atq; in hoc videtur considerandum odium furis, cuius meminit Justin. *in § sic itaq; vers. plane de act.* quod præter rationem iuris condictio detur: ut tamen,meo iudicio nihil absurdi sit, si etiam favorem actoris in considerationem venisse dixerimus: qua in re immerito & nimis acerbè *Hunn.disp.22.th. 12.* Treutlerum reprehendit,ex inepta ratione & minimè concludenti, quod Justin. tantum faciat mentionem odii furis: neq; enim ob id necessariò excluditur favor actoris; quin imò ut plurimum odium unius inferr.& implicat favorem alterius: & sicut odium furis hoc esse dicit Justin. ut pluribus actionibus teneatur: ita favor actoris est, ut pluribus actionibus suum consequatur. Neq; inepta pessima & ineptissima, ut corrupto iudicio Hunnius pronunciat, est ratio Treutl. quod condictio furtiva soli domino

detur:

detur: quin potius inepta est instantia Hunnii quod vindicatio competat domino ultra specialem favorem · etenim hæc actio ordinaria est, & nativa ex dominio, condictio autem furtiva, est purè dativa. Sed non cepit vim rationis Hunn. & scilicet cum condictio furtiva detur soli dominio, non aliis qui pœnalem furti actionem habent, velut illis quorum interest, indicium præbet alicuius favoris, qui spectatus fuerit in persona domini. Dicam amplius, si accuratè & verè rem pendamus, videri principaliter hanc condictionem favore domini introductam esse, idq; ex hac ratione, de qua aliis iudicium permitto. Nimirum actiones pœnales vel sunt puræ vel mixtæ, ut pleræq; omnes, hæ quidem in hæredes quatenus ad eos pervenit, de quo pluribus disp. seq. dari possunt, cum simul rei persecutionem contineant, merè autem pœnales non possunt. Et cùm adeò actio furti merè esset pœnalis, opus fuit actione quæ rem persequeretur, & in hæredes quoq; porrigi posset. Et hinc etiam fortassis ratio sumi potest, propter quam aliis, quorum interest, condictio furtiva non datur: quoniam in eorum non est lucrum extorquere, sed eius, cuius res subrepta fuit: neque dubitarim domino condictionem furtivam dari, licet ipsi res subrepta non sit. Sed ista non cepit Hunn. Plane quod dicitur soli domino hæc condictio dari, non ita accipi debere existimo, quasi necessum sit in hac actione probari dominium, præter naturam actionum personalium, quod tamen male existimat *Ant. Fab. decad.* 79. *error.* 7. & passim illo tractatu: sed puto excludi eos, quorum interest, non autem bonæ fidei possessores.

Porrò quod diximus, condici tantum rem furi, & domino condictionem furtivam tantum dari, ei contradicere videtur 1. quod *in l. rerum.* 25. *rer. amot.* marito contra uxorem, quæ amovit datur condictio sine causa: quo etiam pertinet *l. contra.* 6 §. *sed si.* 5 *eod.* ubi heredi res amota condicitur. 2. quod responsum est *in l. si urbana.* 55. *in fi. s. de condict. indeb.* fructus qui domini facti sunt, condici prædoni, & nimirum iuxta rubr. condictione indebiti, quod confirmatur *ex l. indebiti* 15. §. 1. *eod.* 3. quod iuxta *l.* 1. §. 1. & *l.* 2. *de condict. Tritic.* ea condictio datur contra furem & prædonem, & nominatim contra eum, qui vi aliquem deiecit. 4. Quod etiam condictio causa data datur contra furem *l. si procuratori.* 14. *in fin. de condict. caus. dat.* Ad hæc ex mente Dd. quos etiam Donell. sequitur *d l.* 1. & 2. *de condict. Tritic.* Resp. tum, quod dicta de fure, etiam accipienda sunt de prædone & violento possessore, qui hac in re eod. iure utuntur quo fures, & pariter in perpetua sunt mora: tum quod *in l. ult. usufructuar. quemadm. cav.* non in specie, de una condictione furtiva, sed in genere de condictione agatur: quæ communis est Dd. sententia, quod videlicet quævis condictio degeneret contra furem & prædonem, quod notant *gl. Ioh. Fab. Angel. & Gomez supra adductis locis.*

(*b*) Repetimus ipsam rem, ut in aliis condictionibus, licet sæpe tantum consequamur æstimationem, maximè re peremta; & hoc simpliciter, quoniam fur citra ullam interpellationem in perpetua mora esse intelligitur *l.* 8. §. 1. & *l. ult. de condict. furt.* nisi tamen fur rem obtulerit, & ita moram purgaverit, ex quo periculum amplius ad eum non spectat *d. l.* 8. *in princ.* & *l.* 2. *C. eod.* Et cum adeò circa æstimandam rem moræ ratio habeatur, & fur à tempore commissi delicti in perpetua & continua mora sit, consequenter quanti res unquam plurimi fuit, in condemnationem deducetur, per textum express. *in d. l* 8. §. 1. *de condict. furt.* per quem omnes ita communissimè sentiunt. Verum *Ant. Fab. lib.* 16 *coniect. c.* 11. & *decad.* 80. *err.* 10. eam sententiam falsam esse putat *per l.* 2. §. 3. *de privat. delict.* ubi dicitur, quod condictio furtiva non

egredia-

egrediatur retrorsum iudicii accipiendi tempus: ideoque existimat *d. l.* 8. ita explicandum, quod illud quanti plurimi non intelligatur à tempore commissi delicti, sed litis contestatæ, & eo quod sequitur usque ad sententiam. Sed ista explicatio & menti & verbis JCti *in d. l* 8. repugnat: quoniam hæc ratio redditur, cur teneatur fur, quanti plurimi, quoniam in perpetua sit mora. perpetua scilicet jam inde à tempore delicti, ut expresse traditur *in l. ult. de condict. furt* & iuxta explicationem Fabri nihil futurum sit speciale in condictione furtiva, siquidem post litem contestatam omnis debitor constituitur in mora. Neque obstat & facit pro Fabro *d. l.* 2. §. 3. *de privat. delict.* quoniam tempus iudicii accipienti non est tempus litis contestatæ, hoc enim tempus accepti iudicii dicitur, neque verosimile est, quod JCtus futurum posuerit pro præterito) sed tempus obligationis natæ & delicti commissi, ex quo quis in judicium vocari, & ad accipiendum iudicium obstringi potest: idque ostendit oppositio quæ instituitur *in d.* §. 3. inter actionem L. Aquil. & condictionem furtivam: quod videlicet in illa æstimatio egrediatur retrorsum tempus delicti commissi, & præstetur scilicet, quanti retro res plurimi fuit, toto anno vel 30. diebus, non autem ita in condictione furtiva. Et hoc jam olim notavit Accurs. & ineptus est *Fab.* 16. *coniect.* 11. obiiciens Acc. fieri non posse, ut eodem tempore, quo furtum fit, iudicium accipiatur: neque enim hoc Acc. dicit: & ineptius quod addit litis contestatæ tempus, esse illud ipsum, accipiendi iudicii & accepti iudicii esse illud, quod sequitur litis contestationem: quæ revera sunt ægræ deliria mentis & quartanæ somnia febris. Et errant itaque pariter, qui *ad d. l.* 2. § .3. *de privat. delict.* annotat, *iudicii accipiendi, id est, litis contestatæ*: neque animadvertunt ibidem contradictoria se scribere, dum annotat, in condictione furtiva æstimari quanti res plurimi fuerit, vel furti facti, vel litis contestatæ tempore. Facit etiam contra Fab. quod olim apud Romanos brevi temporis spacio controversiæ decidebantur, ut prorsus verisimile non sit, quod JCtus *in l.* 8. *de condict. furt.* breve illud tempus, quo causæ in iudicio decurrebant, intellectum voluerit. Quinimò non constat sibi Faber, qui *d. lib.* 16. *coniect. c.* 3. circa æstimationem faciendam in bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ, stricti iuris litis contestatæ tempora præcise tanquam duo puncta & extrema vult attendi, ut nullo modo temporis, quod vel antecessit vel sequutum est, rationem haberi velit. Et ridiculus est, dum 16. *coniect.* 11. ait speciale esse in condictione furtiva propter solum odium furis, quidni enim propter hoc odium quanti plurimi æstimamus ab ipso tempore commissi furti? sed & non odium hic speciale furis, sed mora attenditur. Et nimis iracunde an imprudenter potius Anton. Fab. paulò antè adductis locis, illud, *quanti plurimi*, monstrum à Dd. confictum & incognitum veteribus prudentibus appellat, extra causam L. Aquil. & condictionis furt. Utique quod casibus aliquibus admissum est monstrum dici non potest: & si iuxta Fabri sententiam, *quanti plurimi*, ita explicari potest, ut significet spacium, quod intercedit inter litis contestationem & sententiam, aut in aliis condictionibus idem admitti poterit, aut cur hoc tantum in condictione furtiva obtinere debeat, ratio reddenda erit: quam Fab. reddere poterit nunquam: & procul dubio falsum illud, quod modò attigimus, in stricti iuris iudiciis præcise tantum punctum litis contestatæ spectandum esse. Quinimò quod traditum est, in bonæ fidei iudiciis, & stricti iuris, illic tempus sententiæ, hic litis contestatæ attendi, vulgò rectè explicatur, ut minimè propterea intelligi debeat, exclusum tempus commissæ moræ: eaque sententia perspicuè satis confirmatur ex sæpè *d. l.* 8. *de condict. furt.* ubi ratio redditur, quare in condictione furtiva res æstimetur quanti plurimi unquam, quoniam fur sit

V mora:

mora: quæ ratio si concludere debet, necessario efficit, an aliis quoque actionibus ubi de æstimatione tractatur, moræ habendam esse rationem. Prorsus, si quanti plurimi fit æstimatio, à lite contestata, usque ad sententiam, quidni etiam à tempore commissi delicti, & statim contractæ moræ. An autem æstimatio in hac condictione fiat per juramentum in litem, & ad explicationem *l. 9. de in lit. iurand.* dicemus forsassis d sp. seq.

XXI.

Datur hæc condictio contra furem, & eius hæredem.

Contra hæredem quidem dari constat, sed dubitatur, an tantum quatenus pervenit in solidum. Et posterius hoc communissimè omnibus placuit, per textum expressum *in l 9 de condict furt.* quam confirmavit opinionem *Anton. Fab. lib. 4. coniect. c. 1. & decad.* 87. *c.* 1. & 2. & *decad.* 80. *c.* 3. 8. 9. & 10. contra Cuiac. *libr. 7. obs.* 7. & *ad lib. 11. quæst. Papin. in l. 5. rer. amot.* quem contra defendere conatus est *Matus Lyclam. libro 1. membran. c.* 18. ubi prorsus consortè & ineptè explicat *d. l. 9. de condict furt.* nec multò melius Cuiac: refert *d. l. 9.* ad casum litis contestatæ: etenim in his terminis etiam actiones pœnales in solidum transeunt in hæredes: cæteræ autem responsiones Cuiacij trivolæ sunt, & satis refutatæ *ab Anton. Fab. d. decad.* 80. *c.* 5. & 8. Non libet hic omnia attingere, quæ in utramque partem prolixè differuntur: duæ autem rationes præ cæteris pro Cuiac. facere videntur: 1. textus *in l. 2. §. ult. vi bonor. raptor.* ubi dicitur, quod prætor in edicto illo nihil edixerit de actione in hæredes danda, in quantum scilicet pervenerit, quoniam putaverit sufficere condictionem: quæ condictio, cum nulla alia videri possit, quàm furtiva, efficitur inde, quod condictio in ea specie tantum detur in hæredes in quantum pervenit, quippe succedens in locum actionis vi bonor. raptor. mixtæ: quod evidentius erit, si coniungas *l. un. C. ex delict. defunct.* ex qua hæredes eius qui vim fecit, teneantur, in quantum ad eos pervenit: idque commune est cæteris actionibus mixtis: neque conveniens videtur rationi, ut hac condictione aliter fur, aliter raptor teneatur: unde coniicere licet, quo judicio *Anton. Fab. d. lib. 4. coniectur.* & *d. decad.* 80. *error.* 3. hunc textum pro sua sententia contra Cuiac inducat. Altera ratio pro Cuiac. est: actiones persecutoriæ ex delicto etiam nonnisi in quantum pervenit in hæredes descendunt: atquin, quod concedit Fab. condictio furtiva est ex delicto: Ergo, &c. Licet enim maior possit videri particularis, attamen per quandam inductionem potest ejus universalitas comprobari: ita enim obtinet in actione doli persecutoria *l. si plures. 17. §. 1. l. in hæredem. 26. cum l. seq. de dol. mal.* in actione ex edicto de alienatione judicii mutandi causa *l. 4. §. ult. cum 3. ll. seqq eo tit.* in actione rer. amot. *l. ult. C. rer. amot.* in actione tributoria *l. 7. §. ult. cum leg seq. de tribut. act.* & in aliis actionibus persecutoriis ex delicto, de quibus *in l. §. ult. de eo per quem factum erit leg. 3. § pen. si mensor falsum modũ dixerit l. 1. § ult ne vis fiat ei leg. 8. §. ult. de precar. l. 1. §. ult. & l. seq. de vi arm.* ex quibus omnibus regula cõstituenda videtur quod actiones persecutoriæ ex delicto in hæredes in solidum non dentur. Ad rationem priorem fortè dici possit, hoc contingere propter condictionis naturam, & præcipuè, quod omnis raptor etiam furti teneatur, ita ut condictio non tam sub qualitate raptoris, quàm furis habeat locum. Ad posteriorem rationem respondere solent, ideò speciale esse in condictione furtiva, quod hæc tantum persequendo ei, quod ex patrimonio

abest,

abest, reliquæ persecutoriæ ex delicto, simul dolo alterius vindicandæ sint comparatæ. Eodemque redit distinctio Fabri *decad. 78. error. 1.* quod reliquæ sint tantum persecutoriæ ex parte actoris, pœnales autem ex parte rei, cuius dolum coerceant, condictio autem furtiva ex parte actoris & rei sit persecutoria. Sed enim nisi hæc ratio decisionis esset, propter quam in hæredes in solidum non dantur, quia scilicet ex delicto sunt, nulla esset ratio sufficiens, cur non deberent dari in solidum in hæredes propter interesse actoris, utcunque ex altera parte simul concurrat dolus & delictum defuncti: exemplo est actio L. Aquil. quæ non datur in hæredes, quia ex delicto est, licet abfuerit dolus: sed, quoniam hæc actio pœnalis vocatur, exemplum evidentius est in actionibus ex contractu propter dolum defuncti, quæ sunt in hæredes in solidum, quæ tamen juxta sententiam Fabri dicendæ essent pœnales ex parte rei: facit quod in textibus paulò antè citatis hæc sola ratio redditur, cur in hæredes in solidum non dentur, quoniam sint ex delicto & prorsus illa distinctio Fabri aliena est ab usu iuris: siquidem actiones persecutoriæ æstimantur & appellantur, quod aliquid abest actori, nec unquam actiones illas persecutorias ex delicto appellari videas pœnales, sed eas tantum, quibus duplum aut triplum, vel aliàs pœnam jure definitam, cum nihil abest actori, persequimur: cæteroquin, ut jam monitum, actiones ex contractu propter dolum commissum pœnales appellari possunt: & igitur si condictio furtiva ex delicto est, non potest reddi ratio, propter quam in hæredes in solidum competere debent. Amplius distinctio illa Fabri hinc refutatur, quod constat ex causa plerumque actionum persecutoriarum ex delicto aliquid non tantum abesse actori, sed etiam reo ex dolo & delicto suo aliquid adesse, veluti ex causa actionis doli, tributoriæ, de vi & vi arm. rer. amotar, &c. ubi adeò hæ quoque ex parte actoris & rei persecutoriæ appellari posse videantur. Distinctio *Perenn. 2. animadvers. 7.* divinatoria & commentitia est, an condictio furtiva competat ex causa contractus bonæ fidei, si commendatarius vel depositarius re fuerint abusi vel usi, an ex alia causa: ut hoc scilicet casu actio in solidum in hæredes non detur, sed illo demum, ad exemplum actionis ex ipso contractu, propter dolum defuncti: etenim cum illo quoque casu delictum committatur, cum diversa planè causa sit contractus & delicti, si condictio furtiva ex delicto est, nego pari rationem juris, ut in hæredes in solidum detur. Ineptior adhuc ratio est veterum quorundam interpretum (quam etiam probavit Salic *in l. 7. §. ult. de condict. furtiv.*) *in §. 1. Institut. de action.* quod condictio hæc nascatur ex variis causarum figuris, & ut ipsi explicant, ex domino ratione actoris, & ex maleficio ratione rei: tum quia hoc semper urgeo, sufficere ut actio ex maleficio nascatur, ne in solidum possit dari in hæredes: tum quod actio hæc non nascitur ex dominio utcunq; domino irregulariter detur: tum quod dominium & maleficium nonnisi ineptè appellantur variæ causarum figuræ: & tantò magis inepta hæc sententia est, quod hoc accommodatur à Doctoribus ad explicanda verba *d. §. 1. ibi vel aliis quibusdam modis*, & ad interpretationem *l. 1. in prin. de obl. & act.* in qua perspicuum est per varias causarum figuras intelligi diversas plurium actionum fontes, non autem unicam actionem singularem, quæ duplicem originem habeat. Non minus inepta est sententia, quam probat Marcus Lyclam novissimè *lib. 1 Benedictor. furor.* quod condictio furtiva sit ex quasi contractu: neq; enim causa actionis contra rationem iuris speciatim introductæ, conventio assignari potest. Fortassis ex hoc ipso fundamento, quod hæc actio extraordinaria & irregularis est, convinci potest, quod actio ista ex delicto non sit: etenim actiones ex delicto sunt nativæ, & habent sufficientem materiam, ex qua existant: quod de eiusmodi actione dici non

V 2 potest

potest, qualis est hæc condictio, qua perinde, ut ex contractu, vel quasi intendimus nobis dari oportere, & quæ tamen domino, quasi ad instar cuiusdam vindicationis detur, hoc saltem speciale habens, quod ei etiam re peremta locus est, itaque non est nativa, sed dativa, & per consequens non est ex delicto. Quo constituto facilius defendam, quod hæc actio in hæredes detur in solidum, iure condictionis. Nec obstat, quod dicitur esse ex causa furtiva *l. si ambo 10. § 2. de compensat. l. 2. 3. & 5. de condict. furt. l. 3. § pen. de pecul.* etenim furtum est eius caussa, sine qua non & petitur res furto subrepta, ut proinde recte quidem ex causa furtiva, sed non propterea recte originem habere ex delicto, tanquam causa efficiente dicatur: licet id male concludat Hunnius *disput. 22. p. 2. ad Treutl. thes. ult.* cuius ea quoque inepta ibid. ratio est, quod sit introducta odio furum: quoniam hoc odium ipse Justin. *in §. Sic itaque Institut. de action.* ita explicat, ut fur pluribus actionibus teneatur: & porro adeo ineptum & illud quod hoc nomine pœnalem dici posse ait: quo admisso, nullo modo in hæredes insolidum dari posset. Illud verò etiam dupondio indignum est, quod ibi scribit, ex nullis aliis causa, delictisque, præter furtum, nasci actionem persecutoriam, sed tantum mere pœnales & mixtas: cum plurimæ actiones paulò superius hac th. enumeratæ ex delictis orientes, nec merè pœnales nec mixtæ, sed rei persecutoriæ sint. Cum itaq. condictio furtiva non tantum rei persecutoria, sed etiam propriè loquendo, nec ex delicto sit, falsam oportet esse Cuiac. sententiam, qui *in l. 5. rer. amotar. libr. 11. quæst. Papin.* eam pœnalem dici posse existimat: cuius rationem primam de odio furum, iam refutavimus, & aliàs inde etiam pœnales effeceris SCtum Macedon. quod odio fœneratorum introdum est: quin imò hoc magis est pœnale, quam condictio furtiva, qua quis hoc solum restituere tenetur, quod alteri abest. Quod secunda ratio sumit, esse ex delicto, iam negavimus: sed & nulla consequentia est, neque enim actiones persecutoriæ, quæ præsertim non pro vindicando dolo comparatæ sunt, dici possunt pœnales. Tertia ratio est *ex l. si pignore. 22. de princip. de pignor. act* ex qua creditor, quod cõsecutus est à debitore, qui rem subripuit, nõ imputat debito, & consequenter illud est loco pœnæ. Sed præterquã, quod de explicatione illius loci valde controvertitur, ut videre est *ex disput. Anton. Fab. decad. 81. c. 1. cum aliquot seqq.* dici potest, speciale esse eo casu, quo ipse debitor rem subripuit. Quarta ratio, quod in condictione furtiva æstimetur res quanti plurimi *l. 8. §. 1. de condict. furt.* nullius momenti est: quoniam hoc fit propter moram; quam à tempore delicti statim committit fur: neque istud pœna, sed æstimatio rei: alioquin etiam actiones ex contractibus, in quibus spectatur tempus moræ quo pluris res fuit, effeceris pœnales.

XXII.

Datur condictio furtiva in eum quoque, qui in aliquibus hæredi comparatur, veluti patrem.

Ut separatim thesis hæc poneretur, effecit impudentia Anton. Fab. Nimirum ex veriori sententia, hæres condictione furtiva in solidum tenetur, quoniam in omne ius defuncti succedit, eiusque personam repræsentat: pater autem hic tenetur, sicut alias hæres ex delicto, in quantum ad eum pervenit; & quia actio furti merè pœnalis est, ideò condicitur patri ex causa furtiva, quatenus peculium locupletius factum est, textus expressus *in l. 3. §. pen. de pecul.* & simul ratio solida ab exemplo rerum amor.

pro-

propter quas condictio de peculio in patriam datur *l.3.§.pen in fin.l.3.§ ult. rer amotar.l.pen.de condict. furt.* de quo disput.seq. Sed *Anton. Fab.decad. 78. error 3* hoc falsum esse contendit, *& d.§ pen. l.3.* à Triboniano esse corruptum, ex his rationibus. 1. quod ex delictis actiones pœnales in patrem non dentur de peculio *l.ex pœnalibus 58. de regul.iur* Respond.condictionem furtivam non esse pœnalem actionem, quin nec ex delicto quidem descendere: sed & condictio hic non datur tanquam aliæ actiones ex contractu in totum peculium, sed tantum quatenus factum est locupletius ne lucrum injustum penes patrem maneat. 2. obiicit *d.decad.78.error.4.* sufficere, quod pater possit conveniri de peculio ex causa iudicati, postquam condemnatus est filius *l.3. §.idem 11. de peculio,* idemque non audiendum esse eum, qui velit condicere patri, cum possit agere contra filiumfam. & hoc demum condemnatio in patrem agere. Respond.tum quod *d. l. 3. §. 11.* pertineat ad actiones pœnales, quæ prorsus non possunt intentari contra patrem: tum, quod in casum filii mortui sit necessaria condictio: tum quod non possit adimi electio actori, & arbitrium agendi contra patrem, utcunque etiam contra filium, experiri possit, non magis quam impediri potest creditor quivis agere contra patrem de peculio, utcunque directo contra ipsum filium habeat actionem *l. filiusfam.39.de oblig & act.l.si quis 44.de pecu.* ubi dicitur eum habere duos debitores, qui contraxit cum filio. Tertiò obiicit Fab. quod actio de peculio detur in totum peculium, non verò tantum quatenus locupletius factum est. Respond. hoc ita esse, ubi agitur ex contractu, quoniam pater peculium concedendo, censetur etiam ius contrahendi permisisse *argum.l.1.§.item acquirimus.5.de acquir.possess.* nunquam autem censetur permissum ius delinquendi, eoque nec causa delicti patri vel domino acquiritur, notant *Iohan.Fab. & alii ad tit.Instit. de his qui sunt sui vel al. iur.* sed quantum locupletius factum est peculium, teneri patrem æquum est: nec multum interest, utrum simpliciter condictionem, an condictionem in peculium competere dicamus *argum.§.ult.Instit.quod cum eo,qui in alien.pot.* Sed nimirum ponimus, rem esse in peculio, & ob id recte condici, quatenus peculium inde auctum est, affirmamus. Et meras nugas agere Fabrum, inde apparet, quod cum condictionem furtivam neget, tamen *d.decad. error. 2. 3. & 4.* modò condictionem simpliciter, modo condictionem ob iniustam causam concedit, qui tamen antè conatus est evincere, nonnisi post condemnationem filiifam. condictioni esse locum: & admissa alia condictione, nisi impediret, quo minus conditio furtiva actio merè persecutoria, nec ex delicto, habeat locum: sed & ineptè à Fabro actio de peculio opponitur condictioni: siquidem actio de peculio separata, & per se subsistens, actio non est, sed qualitas actionis, atque ita etiam qualitas condictionis: iuxta *d.leg.3.§.pen. de pecul.leg.penult. de condict.furtiv.* Reliqua quæ contra *d.leg.3.§.pen.* disputat, levissima sunt. Ait quod princip. proponatur tantum quæstio de filiofam, mox tamen quæratur de patre & domino: Respond. quod in materia actionis de peculio magna sit similitudo utriusque *argum.princ Instit. quod cum eo qui in al.* & in his quoque terminis hactenus eadem ratio est servi & filiifam. quod in utriusque persona condicitur patri & domino, quatenus peculium locupletius est, sed hactenus diversa, quod servo nullo modo condici potest, sed condicitur domino, hoc insuper speciali effectu, quod cum ex delicto servi noxali actione dominus teneatur, receptum fuit, ut in residuum eius, quod ad servum & peculium non pervenit, dominus servum noxæ relinquere teneatur. quod etiam actionibus aliis ex contractu consequi is, cui delictum factum est, potest *leg si servus,61.§.1.de furt.argumentum,leg.2.§.3.in fine de privat.delict.* & ita in his terminis re-

V 3 sponsum

sponsum est *in l 4. de condict. furtiv.* in qua fine causa Anton. Fabr. *decad.* 78. *error* 2. vult expungi verba, *vel filiumfam.* quoniam sequatur, condicendum esse domino, nulla factâ mentione patris: etenim in fragmentis istis & centonibus exceptis, multa sæpe subintelligenda sunt, quæ JCti in commentariis suis plenius tractaverunt: eoque Accurs. etiam *ad d. l.* 4. notavit idem esse in patre: hactenus scilicet, ut ei condicatur, quanto peculium factum est locupletius; nam quod de noxæ deditione sequitur proprium est servi: sicut quod sequitur *in l. 5. eod. tit.* proprium est filijfam. quod ei condici potest, & quidem in solidum: ineptus enim sit, qui inde concludat contra alios expressos textus, quatenus in peculium pervenit, condici patre non posse. Quam verò futile illud porro est Anton. Fabri ad impugnandum *§. pen. l. 3. de pecul.* quod cum quæstio formata sit de parte & domino, nihil respondeatur de domino: jam enim diximus, positis terminis habilibus ab uno ad alium rectè concludi: qua de causa Justin. *in fin. princ. Instit. cum eo.* sermonem se dirigere velle ait in personam servorum, ut tamen idem intelligatur de liberis, nisi sicubi in specie aliud dispositum est. Putidissima impugnatio est, quod ait à Triboniano ibi simpliciter allegatum Labeonem, nulla facta mentione libri, ne in mendacio deprehenderetur, utique enim deprehendi nō potuisset à Fabro, nec ab ullo interpretū aut veteri aut novo: sed & infinitis locis, videmus ita à Paulo Ulpiano Caio, veteres, Tuberonē, Trebatiū, Labeonē, Proculum, Sabinum Cassium, Celsum, Nervam & alios adduci & allegari. Ex his judicare non est difficile, quam turpiter hic lapsus sit Fab. rum quod ineptis prorsus rationibus textum *in l. 3. §. pen. de pecul.* Triboniano adscribat, tum quod inde quia Tribonianus sit à veritate juris abhorrere concludit.

XXIII.

Condictio furtiva non ineptè ita videtur distingui, quod alia sit certi, alia incerti.

Ita eam distinguit Cuiac. *in l. 5. rer. amot libr. 11. quæst. Papin.* & videtur etiam placuisse *Vaudo 1. quæst* 24. & expressè ita Treutler. *p. 1 disput. 22. thes. pen.* sed nimis crassè distinguit eam ab objecto, an res certa vel incerta fuerit subrepta, cum tamen mox ibidem domino quidem utramque bonæ fidei autem possessori incerti tantum condictionem concedat. Sed nimirum, ut pauló superius dictum, verius est, quod etiam bonæ fidei possessori detur condictio certi, & simpliciter condictio furtiva, nec necesse sit probari dominium, quæ & communis Dd. sententia est: & siquidem ab objecto distinctio sumitur, necessariò id affirmandum est: sed & fortè Treutl. condictionem incerti pro utili, aut possessionis condictione accepit: & hoc tamen modo dupliciter erravit, dum & ab objecto distinxit, & domino incerti quoque condictionem dedit: prorsus res incerto contrectari, & furto auferri non potest. Cæterum Dd. communiter, *Bart. Castrens. & alii in l. ideo 12. §. Neratius de condict. furtiv.* cum locum non explicant de condictione furtiva, sed propriam quandam intelligunt condictionem incerti, quæ in specie ita appellatur. Verum nihil absurdi videtur, si intelligamus condictionem furtivam incerti, quæ detur creditori ex hac causa, quod ei clandestino facto res ablata, possessioque & quodammodo jus in re interversum est, cujus vigore contra quemvis quoque possessorem experiri potest: & cum habeamus condictionem triticiariam condictionem indebiti, ob causam, certi & incerti, nihil impedit etiam esse condictionem incerti furtivam: eaque videtur esse condictio,

quæ

quæ *in leg. ſi pignore 22. de pignor. act.* proponitur creditori contra ipſum debitorem furem, (quamvis hoc impudenter negat *Fab. de decad. 81. error. 3.*) & contra alium furem *in d. l. 12. in fin. de condict. furtiv.* Et videamus annon hanc condictionem incerti defendere poſſimus ab objectionibus Fabri *d. cad. 81. error. 45. & 6.* Et primò ita argumenti *ex l. certi 9. de rebus credit.* ſi ex cauſa furtiva datur condictio certi, ergo non incerti: atqui verum prius, ergo & poſterius. Reſpond. nullam eſſe conſequentiam: nam præterquam quod Dd. communiter *d. leg. 9.* accipiunt de condictione certi in duplum vel quadruplum, admiſſo etiam, quod intelligatur condictio ipſius rei ſubreptæ, non tamen inde inferri poteſt ad negandam condictionem incerti, non magis quàm ut omnibus illis caſibus, quibus ibi condictio certi proponitur, condictionem incerti negare poſſis: quæ utique conſequentia foret abſurda. Nimirum ponendi ſunt termini habiles, & domino datur condictio certi ipſius rei, ut nihilominus rectè creditori accommodetur condictio incerti, non tam rei quàm poſſeſſionis, de qua condictione poſſeſſionis rectè accipitur *leg. 12. in fin. de condict. furtiv.* Eaque ſpecies condictionis perſpicuè probatur *ex l. 1. de condict. tritic.* ubi condictio rei & poſſeſſionis inter ſe opponuntur: ſed & eiusdem condictionis, qua petatur poſſeſſio, mentio eſt *in l. verum. 25. §. 1. de furt.* & ea amplius probatur *ex leg. hæres. 21. ad Trebell.* ubi hæredi, qui plus ſolvit repetitio poſſeſſionis datur: quo etiam referri poteſt *l. qui exceptionem, §. 1. de condict. indeb.* Hæc videlicet condictio poſſeſſionis rectè dicitur incerti, vel quia poſſeſſio res incorporalis eſt, vel quia re vera competit ad factum, ut poſſeſſio reſtituatur. Verùm hic quoque Anton. Fabr. *decad. 8. error. 6.* pervicaciter contendit, condictionem poſſeſſionis eſſe certi: ſed leviſſimis rationibus. Ait. 1. quod res quæ poſſidetur, ſit certa, & inde inferre vult, condictionem poſſeſſionis eſſe certi. Reſpond. ineptam eſſe conſequentiam: quoniam aliud eſt poſſeſſio, aliud quod poſſidetur: hoc non condicitur, ſed potius factum tradendi: aut inepta hic eſt fallacia homonymiæ in verbo, certi quoniam etiam res incorporalis, res certa eſt: ſed conſtat in hac diſtinctione condictionis, quomodo iſta verba accipiantur. Eiusdem farinæ eſt, quod poſſeſſio ſit corporis: quoniam ita quatuor termini ſunt in argumento: ſiquidem poſſeſſio corpus non eſt. Nec minus inepta ratio eſt, quod dominium quoque ſit iuris, imò & jus, adeoque inquit Fab. ſi ideò condictio poſſeſſionis incerti eſt, quia poſſeſſio jus eſt vel juris, etiam condictio dominii incerti futura eſt. Etenim in condictione poſſeſſionis nihil aliud continetur, quam factum reſtituendi, & quòd Fabr. dominium condici putat, omninò falſum eſt, ſicut nec ulla vindicatio eſt dominii, ſed jure dominii quod habemus, rem vindicamus, & condictionem furtivam vel etiam triticiariam movemus, iuxta ſupra notata *per l. 2. de condict. tritic.* in cujus altera ſpecie, qui poſſeſſionem amiſit, eam condicit. Illud autem nec refutatione dignum, & perſpicuè falſum eſt, quod in extremo cap. 6. unam eandemque ſpeciem condictionis eſſe putat in utraque parte *d. l. 2.* & quod in fine quoq; ipſe fundus condicatur. Poteſt quidem ſuo modo dici fundus reſtituendus condici, ſed quod fundus ſimpliciter condicatur, nemo dicere poteſt, niſi qui mendacii arguere velit JCrum, qui ibi expreſſè condictionem fundi, quæ domino, & poſſeſſionis, quæ alii detur, opponit: commentitium enim eſt, quod de dominio poſſeſſionis affertur, & aliàs nihil huc pertinet, quoniam *in d. l.* de dominio rei tractatur, neque poteſt dici dominus poſſeſſionis, qui eam amiſit. Et ſecundum *d. l. 2.* diſertè diſtinguentem, explicandus eſt textus *in l. verum in princip 25. de furtiv.* ut vel condictionem poſſeſſionis in genere ibi uſurpari dicamus, quoniam dominus etiam verus vindicando

rem.

rem eius restitutionem, & possessionis in se translationem petit, vel ut d. textus ad casum non domini restringatur. Nihil autem movet quod Fabr. porrò obiicit, tantum rem certam surripi: neque enim inde efficitur, quod propterea à quocunque ipsa res quoque certi condictione debeat peti. Nihil etiam facit, quod ipsa corpora dicuntur condici *leg* 8. *in princip. de condict. furt.* vel quia condicendo possessionem per consequentiam ipsum corpus consequimur: vel potius quia *in d. l.* 8. agitur de condictione furtiva certi, directa, & ut ita loquar, ordinaria quæ ipsi domino datur: creditori autem tantum incerti, & quasi utilis condictio competit. Nihil autem huc pertinet, an re peremta, condictio æstimationis certi sit, an incerti: quoniam creditor nec rem, nec æstimationem, sed tantum possessionem condicit: quamvis procul dubio falsum sit, quod Anton. Fab. vult, omnem condictionem, qua intenditur æstimatio, esse certi: quippe cum admittente Fabro in condictione furtiva veniat æstimatio quanti plurimi usque ad sententiam difficile autem est dicere plus consequi actorem, quam expressè in libello petiit: atque ita hæc, qua simpliciter æstimatio petitur, alia erit species condictionis furtivæ incerti; illud enim eiusdem Fab. falsum est, sufficere ad condictionem certi, si res postea taxetur: etenim ita quoque defendam cum Dd. quos supra cum Anton. Fabr. refutavimus, id quod interest, posse peti condictione certi. Rectius fortè quis existimaverit, etiam ubi res peremta est, nihilominus tamen eam adhuc rectè peti condictione certi, sed ut ea iuxta naturam cuiusque actionis à iudice æstimetur. Sed de his simul & de Fabrili emendatione vel corruptione potius *l.* 21. *ad Trebell.* quam tractat Fab. *d. decad. error.* 7. alibi pluribus agemus. Interim ex his ostenditur, probabilem & tolerabilem esse opinionē Cuiac. qui distinguit condictionem furtivam, quod alia sit certi, alia incerti, qua scilicet condicatur possessio: quoniam ut paulò ante monitum, nihil aliud ita petitur, quàm simplex tradendi factum, citra aliam considerationem: quomodo etiam obligationem tradendi inter obligationes faciendi referri, docet *l. stipulationes*, 72. *in princip. de verbor. oblig:* eoque pertinet, quod possessio nihil est nisi accidens & actus quidam & detentio, quæ subinde existit & evanescit, & ut Dd. communiter tradunt *in l.* 2. §. *per procuratorem.* 20. *de acquir. poss.* nec ab uno in alium transit, sed in cuiusque novi possessoris, persona, nova existere incipit.

XXIV.

Supra hac disputatione, actionem in factum inter actiones personales generales retulimus: de cuius adeò speciebus aliquid, sed paucis subiiciendum est.

Actiones in factum aliquæ dicuntur, quæ materiam sufficientem præ existentem habent, sed quia nomine vacant causæ, ex quibus existunt, hoc nomen sunt sortitæ: ex quo fit, ut actiones quæ nascuntur ex contractibus innominatis, passim actiones in factum appellentur: & eiusmodi videtur esse actio utilis, quæ datur in magistratus, qui non idoneè curaverunt caveri pupillo: licet enim post tutores & fideiussores demum conveniantur, tamen actio ex SCto est *leg.* 1. *& pen. C. de magistrat. conven.* Huius generis sunt plurimæ actiones ex ipso edicto prætoris descendentes, & quoniam prætor ius legis condendæ non habebat, actiones in factum appellatæ: veluti pœnales *leg* 7. *de iniur. d. leg. pen. de in ius voc. l* 5. §. 1. *ne quis eum, qui in ius vocatus. &c.* ex delicto persecutoriæ *l.* 1. *& t. t. de alien. iudic. mutand* eoque pertinens actiones prætoriæ in factum ex causis interdictum, passim *libro* 43. D. Item actio ædi-

ædilitia in factum, de pretio restituendo emtori qui rem redhibuit *l. quòd si nolit.* 31. §. *in factum* 17. *de Ædilit. ed.* de qua actum ad Treutl. *disp.* 2. *part.* 2. *th.* 4. item actio in factum ex iureiurando *l. acteri.* 8. C. *de reb. cred.* cuius argumento *gl. ibid. & in l. miles.* 6. §. *ult. de re iudic.* actionem quoque iudicati in factum esse statuit: licet aliis quod habere nomen videatur, hoc displicuerit, & olim Jacobo de Ravenna, cuius sententiam magis probat Cyn. *in d l. actori, & Bart. in d. l. miles* § *iudicati* sed fortassis verbum, *iudicati*, non nomen, sed potius caussam agendi denotat. Fortassis etiam rectè huc refertur actio in factum, quæ subrogatur in locum actionis doli, propter qualitatem personarum, in quas danda est *l. non debet* 11 §. 1. *de dol. mal.*

Alio sensu actiones in factum dicuntur, quæ non sunt ex verbis legum vel edictorum, sed ex mente, non quidem per necessariam consequentiam, quas directa esse potius dictum est disput. 2. sed ex interpretatione justa & quadam productione, quæ aliquando utiles, sed eædem non rarò in factum appellantur: cuius rei exemplum suppeditat L. Aquilia, ex cuius verbis est actio directa, ubi corpore in corpus damnum datum est: utilis autem ubi non quidem corpore, sed tamen in corpus damnum est datum, quomodo eam actionem appellat Justin. *in §. ult in pr. Institut. de L. Aquil.* quæ eadem tamen dicitur in factum *in l. item si* 9. *in pr. & in l. quemadmodum* 27. §. *pen ad L. Aquil.* Alio porrò sensu actiones in factum vocantur, & quidem hoc solo nomine, quæ quodammodo præter mentem legis, utique per longiorem productionem accommodantur ex mera æquitate, ne alter in damno, alter in lucro iniusto moretur, eoque dicuntur subsidiaria, neque ut illæ priores, civiles, sed prætoriæ sunt: & talis est actio in factum accommodata Legi Aquil. ubi neq; in corpus, neque corpore damnum datum, sed alias tamen aliis hoc tum est, *iuxta §. ult. in fin. Instit. de Aquil. l. quia actionum* 11. *de præscript. verb.* ex qua generalis colligitur regula, quod ubicunque æquitas suadet, deficientibus aliis actionibus, prætor huiusmodi actiones in factum accommodet quæ sint subsidiariæ, non tantum civilibus, sed etiam ipsis prætoriis, ut exemplo esse potest actio in factum, quæ perpetuò competit in dolosum ad extorquendum iniustum lucrum *l. itaque.* 28. *in fin. de dol. mal.* item actio in factum *ex l. eum autem* 52. *de rei vindic.*

Illud autem hic quæritur, an aliqua sit actio in factum realis: Et Timæus Fab. in quæstion. quas illustres appellat *thes.* 36. hoc affirmat contra receptissimam, ut ait, Dd sententiam. Et tamen gl *in l. nam postea.* 9. §. *ult & in l. sed si* 11. §. *proinde de iureiur.* non obscurè idem affirmat, quam glossam ad hoc notat Bart. *in d. l.* 19. §. *si petenti.* 5. *de publ.* & cum ea actio in rem fit, ipsa quoque in factum actio, quæ cum ea concurrit, in rem esse videatur. Sed tamen cum in hac specie ipsa actio Publiciana, quasi imitetur naturam actionis personalis & competat tantum contra ipsum, contra quem iuratum est & ita cum eo quasi conventum *arg l. Stichum* 95. §. *naturalis.* 4. *de solut.* non rectè infertur, quod actio in factum hic competens sit realis, quinimò rectè dicitur concipi in factum eius, qui detulit iuramentum: & siquidem notationem nominis sequimur, quod argumentum non usque adeò leve est, necessum est actiones in factum esse personales, quia arguitur relatio quædam, & personalis præstatio, quod alienum est ab actionibus in rem Fortius videtur probari actio in factum realis ex *l. si is; qui* 11 §. 1. *de pignor.* ubi qui possedit rem sibi traditam ex causa antichreseos, possessione amissa utitur actione in factum. Gl. ibi intelligit actionem, in factum ex interdicto, *ne vis fiat ei qui in possessionem, &c.* sed ex inepto errore, quem proponunt *Bart. & Salicet. ibid.* quod *in d. l.* 1. §. 1. tractetur de pignore prætorio, permissionem in

X possef-

possessionem ex primo decreto, cum non intelligerent, quid esset antichresis. Nescio an dici possit, quod antichresis non inducat veram obligationem pignoris, sed tantum ius percipiendi fructus ex obligatione personali; ideoque non esse ibi locum actioni hypothecariæ, quod contra Azonem cæteri communius probasse videtur: ut fortassis hinc ad actionem in factum decursum fuerit, quæ non detur contra quemvis possessorem, sed tantum contra debitorem, quasi in locum contrariæ pignoratitiæ, ut vice rei, qua utebatur creditor, alia substituatur *arg. l. tutor. 16. §. 1. de pignor. act.* sicut in iisdem terminis antichreseos, soluta pecunia datur debitori actio pignoratitia directa *l. si pecuniam. 33. de pignor. act.* ubi JCtus ait debitorem hoc verbo uti posse: tacitè ita subindicans, verum & proprium pignus ibi constitutum non fuisse: cæteroquin dubitari non potuisset, quin in ea specie actioni hypothecariæ locus fuisset, idq; procul dubio expressisset JCtus, & ordinariam actionem proposuisset, non ad subsidiariam in factum remisisset creditorem: sed nolim quicquam hic temerè affirmare. Possit amplius videri actio in factum realis probari *ex l. in rem 23. §. item. 5. vers. non idem de rei vindic.* ubi dicitur, in omnibus casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factionem actionem esse necessariam: item *ex l. cum autem. 52. in fin. de rei vindicat.* Verum ex his textibus non difficulter hoc concedam, actionem in factum esse quidem aliquando subsidiariam actioni in rem, sed ipsam in rem esse, & contra quemcunque possessorem dari, non concedam. Nam *in d. l. 25. § 5.* actio in factum, contra eum tantum datur, cuius facto dominium amisimus: *& in l. 52.* contra hæredes ejus, qui dolo malo rem possidere desijt antè litem contestatam, ut illis injustum lucrum, quod ex dolo defuncti ad eos pervenit, auferatur.

COL-

COLLEGII PVBLICI, DE ACTIONIBVS

Disputatio Qvinta.

De

ACTIONIBVS REI PERSEQVVTORIIS ET PERSONALIBUS.

Respondente

Iusto Oldekop Hildesheimo Saxone.

Thesis I.

Post condictiones, de quibus disput. præced. videndum esse de cæteris actionibus in personam. Earum insignis divisio est tradita *in §. sequens. 16. Institut. de action.* quod vel sint rei persecutoriæ, vel pœnales, & utrumque vel pure vel mixte.

Iustin. quidem hanc divisionem proponit, ut generalem, ita ut etiam actiones in rem comprehendat: sed videtur potius ea pro subdivisione accipienda actionum in personam: quoniam *persecutorium* habet relationem ad *pœnale*, ut proinde hæc distinctio iis demum actionibus accommodanda videatur, in quibus utrumque & pœnale & persecutorium reperitur: nulla autem actio in rem est pœnalis.

II.

Persecutorias actiones hic dicimus, quibus persequimur

& consequimur, quod nobis abest: pœnales, quibus petimus, quod nobis non abest.

Hic videtur esse usus horum verborum in iure nostro: à quo recesserunt Dd. *gl. in §. sequens ad verbum conducto, & ibid. Ioh. de Platea. num. 3. Ioh. Fab. in §. pœnales. num. 1. & ibid Ias. num. 1.* & communiter cæteri qui faciunt tres species pœnalium actionum, dum videlicet definitionem earum etiam à reo sumi voluerunt, primam quando nihil abest actori, & nihil adest reo. 2. quando nihil abest actori, & adest reo. 3. quando abest actori, sed nihil adest reo: & porrò distinctionis ita; quod aliquæ sint merè pœnales ex persona actoris & rei, veluti in duplum, triplum, quadruplũ quædã pœnali ex parte rei tantum, sed persecutoriæ ex parte actoris, veluti actio in factum ex edicto de vi arm. pro æstimatione rerum mobilium deperditarum, utcunque ad reum non pervenerint iuxta *l. 1. in pr. & §. illud. 6. §. qui vi. 31. cum seqq. de vi arm. iuncta l. 9. C. unde vi.* quædam pœnales ex parte actoris, sed persecutoriæ ex parte rei, veluti actio ex edicto, de calumniator, quæ post annum datur in simplum ad persequendum id quod alius dedit, ut mihi negotium fieret. Hæc distinctio usui iuris non satis convenit, & hoc quoque nomine notanda venit. tum quod valdè inconcinne dicitur actio pœnalis ex parte actoris: tum quod ita actiones proprio & speciali sensu dicendæ essent pœnales mixtæ; respectu habito ad personam actoris & rei, quod parum convenit cum sententia Justin. *in d §. 16.* & cum aliis textibus, quibus actiones ex delicto in re persecutoria & pœnales distingui videmus, cum tamen ex Dd. sententia illæ quoque pœnales sunt appellandæ: quinimò non tantum actiones ex delicto, sed etiam ex contractu in quibus aliquando ratione eius, quod interest longè plus petimus quam reo adest, pœnales dicuntur: quod etiam *gl. in d. §. sequens.* disertè admittit, & amplius hoc, quod etiam actiones in rem, in quibus in litem iuratur, hactenus sunt pœnales: quo modo nemo JCtorum unquam loquutus est. Sed ita Dd. loquuti sunt, qui an pœnalis, an persecutoria esset actor ex persona rei æqualiter æstimari voluerunt, adeoque pœnalem dixerunt, qua plus consequeretur actor, quam reo abest. Verum observare debebant, in harum actionum distinctiones, originem quoque & causam inspiciendam esse, & actiones ex contractu, non posse dici pœnales, siquidem ut pœnalis actio aliqua sit necesse est, ut sit ex delicto: facit quod origo ista attenditur, etiam ubi delictum concurrit *arg. l. 4 si mensor falsum mod. dixer.* Deinde, quod ad iuramentum in litem attinet, quoniam dominus v. c. quasi invitus cogitur vendere rem suam, permissum ipsi esse à legibus, ut arbitrio suo eam æstimet, eoque tanti rem esse censeri, quanti per iuramentum actoris æstimata est: planè profitetur Justin. *in § seq. 6. Instit. de act.* actiones omnes in rem esse persecutorias, & in iis tamen iurato in litem. Eundem quoque errorem errat *Anton Fab. decad. 86. err. 6. & 8.* ubi actiones ex delicto persecutorias excepta condictione furtiva, vocat mixtas, & ex parte videlicet rei, pœnales, adeò ut etiam tributoriam actionem *cap. 7.* vocet pœnalem, tantò vitiosius, quod ex causa doli, quem dominus admisit in distributionem mercium; aliquid ipsi adest. Non tamen præcise affirmare, quod hic prorsus nulla ratio rei sit habenda, & ad denominationem hanc pœnalis aut persecutoriæ actionis, persona eius prorsus non veniat in considerationem. Video enim, quod actio ex edicto de eo, per quem factum erit, dicatur persequi, quod actionis interest *l. fin. in pr eo tit.* & de ead. tamen dici, quod reus ea conventus præstet pœnam *l. 1. § si plures. eod.* Ita quoque actio in factum ex delicto, *ne vis fiat ei, &c.* quæ datur contra tertium

probi-

probibentem, dicitur continere utilitatem creditoris *l. 1. §. 5 ne vis fiat ei, &c.* & ead. tamen dicitur pœnalis *l. 1. §. hanc actionem. 8. eod.* quod si igitur actio, quæ persequitur interesse creditoris pœnalis appellatur, necessariò efficitur, quod ex parte rei quoque actio aliqua pœnalis appelletur. Sed animadvertere licet, specialem & propriam esse harum actionum naturam, & meo judicio interest hic, an quid omninò absit actori, annon omninò absit, ita ut aliqua actione persequamur, quod nostra interest, vel potius: quantum nostra interest, ut tamen nobis non prorsus illud absit. videlicet, ut uno verbo dicam, ut actio maneat salva contra principalem debitorem: quod accidit duobus illud propositis casibus, si quis impediverit, ne debitor judicio se sisteret, aut quo minus in possessionem bonorum irem; quo facta non liberant debitorem, sed quia incommodiorem & difficiliorem juris nostri persecutionem nobis reddunt, ideò prætor voluit tertium illum, quasi succedaneum fieri debitorem propter culpam suam, & factum jure prohibitum, ex quo cum nihil ad ipsum perveniat ex natura ipsius facti, & propter hoc solum factum ipse teneatur, salva actione contra principalem, cui adeò res nondum abest, non immerito hujus generis actiones pœnales appellari possunt quippe quod his non potest. quod ab eo præstatur propter purum & simplex factum, verè & propriè considerari ut interesse vel quod nobis abest. Itaque non obstante ista objectione supra dicta definitio actionum pœnalium & persecutorialium possit fortsitan defendi. Videatur fortassis & alia hic adhibenda distinctio, quod quædam actio competit propter illud, quod alius rectà facto suo ex patrimonio nostro nobis abstulit: aliqua propterea, quod alter causam dedit facto suo, ne ad nos rediret, quod jam ex patrimonio nostro nobis abscesserat, vel alias causa est, ut patrimonium nostrum nobis minuatur. Prius accidit in rebus à conjuge amoris: posterius in actione tributoria, quæ coercetur dolu domini, per quem factum est, quo minus quod servus debuit, ad nos perveniret: quod etiam de alienatione judicii mutandi causa, & aliis ejusdem generis dici potest, quæ non eod. gradu, quo priores persecutoriæ dici merentur, sed ita per excellentiam dicendæ sunt actiones descendentes ex conventione: in reliquis ex delicto quidam gradus deprehenduntur. quo pertinet, quod illæ contra hæredes in solidum dantur, hæ autem tantum quatenus pervenit: qua in re affinitatem quandam habent cum actionibus pœnalibus, quæ etiam hactenus in hæredes, ut illis turpe lucrum extorqueatur, porriguntur: quod obtinet, ut diximus, etiam in actionibus ex delicto non pœnalibus, quibus ob id nomen persecutoriarum non est denegandum: quoniam actiones ex delicto considerari debent ex persona ejus qui peccavit, cui si nihil ultra auferatur, quàm quod abest actori, pœnalis revera actio dici non potest. Porrò quod attinet ad actionem ex edicto *d. calumniator.* specialis ibi ratio est, neque aliud simile exemplum, ut fatentur Dd. dari potest: & scilicet eum qui dedit jus condicendi non habeat, nec æquum sit hoc manere penes accipientem ei, cui lis per calumniam moveri debuit; potius actionem dandam placuit: casus autem planè singularis regulam evertere non potest.

III.

Actiones persecutoriæ rei, vel sunt ex conventione vel ex delicto.

Distinctio hæc ex th. præced. satis colligitur: & actionum quidem ex conven-

tione nimis multæ sunt species: earum quæ sunt ex delicto, hæ jam occurrunt, actio in factum *de eo, per quem factum erit, &c. l. fin. eo titulo* actio ex edicto de alienat. iudicii mutandi, actio ex edicto, quod met. causa extra casum contumaciæ *l. item si. 13. §. 1. quod met. caus.* actio doli, *arg. l. 16 & 26 de dol. mal.* actio in factum vi & vi arm. *l. 1. in pr. & § pen. cum l. seq. eo tit.* actio si mens. fals. mod. dixer. *toto eo. tit.* actio triburoria, *l. 7. §. ult. & l. 8. de tributor act.* ubi Anton. Fab. *decad. 76. err. 7.* tanquam pro re magna monet, quod dicitur *in d. l. 7. §. ult. & l. seq.* cum actionem perpetuam esse, & in hæredes dari quantum pervenit, quoniam sit rei persecutoria, ita accipiendum & explicandum esse, ut ratio jam dicta tantum referatur ad prius illud, quod de perpetuitate dicitur, non tantum ad posterius, quod detur de eo, quod pervenit ad hæredes: neque enim ita concludi posse: est persecutoria, ergo datur in hæredes quantum pervenit: tum quia etiam actiones pœnales mixtæ ad hoc ipsum dantur in hæredes, tum verò quoniam persecutoriæ actiones dantur in solidum in hæredes: & facere videtur pro Ant. Fab. *l. in honorarius 35. de O. & act.* ubi dicitur, actiones persecutorias etiam post annum, & ita perpetuò dari, cæteras intra annum, atque ita quæ non sint persecutoriæ, & tamen in hæredem descendunt, in quantum pervenit: & ergo ab eo, quod actio est persecutoria, non potest inferri, quod in hæredem detur, in quantum pervenit. Sed observandum hic est 1. quod juxta th. præced. actio rei persecutoria aliquando sumatur in specie, pro ea quæ descendit ex conventione, aliquando latius, pro omni ea, quæ etiam ex delicto persequitur quod nobis abest. 2. Quod omnes actiones, quæ & quatenus in heredes datur etiam pœnales, ad extorquendum lucrum, dantur sub qualitate persecutoriarum: itaque cum disputamus de actionibus persecutoriis ex delicto, non malè inferimus persecutoriæ sunt ex delicto, ergo dantur in hæredes, in quantum pervenit: 3. quod nec, si quis verba captare velit, hæc bona consequentia sit: actio est rei persecutoria, ergò est perpetua, quoniam quædam persecutoriæ ex delicto annales sunt, ut mox dicemus: imò quædam etiam aliæ persecutoriæ, quæ dantur contra jus commune *d. l. 35. de obl. & act.* Et tantò minus hic audiendum est Ant. Fabr. quod eod. modo loquitur JCtus *in l. 1. §. ult. iuncta l. 3 §. 1. de vi & vi arm* cum enim dixisset *in d. § ult.* eam actionem in hæredes competere, in quantum pervenit, mox *in §. 1. l. 3.* repetit eam actionem adversus hæredes cæterosque successores, quatenus scilicet ad eos pervenit perpetuò competere, quia in ea rei persecutio contineatur. Eoq; facit, quod solæ actiones pœnales, merè tales, nullo prorsus modo & respectu in hæredes porrigantur, quia nulla planè ratione persecutoriæ sunt: facit etiam quod actiones ex delicto, quæ persequuntur interesse actoris, non pœnales à JCtis, sed rei persecutoriæ appellantur. Ideoque non ferendum est, quod Anton. Fab. d. loco corrumpit *d. l. 3. § 1. de vi & vi arm* & pro *adversus hæredes*, vult legi, *ad hæredes*, ut jam non hæredes rei, sed actoris intelligantur: quo quidem modò ineptior fit ratio JCti, quandoquidem etiam pœnales merè actiones hæredibus actoris sine controversia competunt, & pœnales actiones civiles perpetuæ sunt.

IV.

Præcipua harum actionum ex conventione & delicto differentia est, quod illæ dantur in hæredes in solidum, hæ vero non dantur, nisi quatenus pervenit.

Quasi in vestibulo hoc præmittere visum fuit, nam aliàs non tantum ad persecuto-

cutorias ex delicto hoc pertinet, sed etiam ad pœnales, & has vel maxime, de quibus postea plenius agetur. Planè non fuisset incommodum, si Justin. divisionem sumsisset à causa efficiente, quod actiones personales essent, vel ex conventione, vel ex delicto, & has subdivisisset in persecutorias & pœnales. Sed istæ minutiæ parum curandæ sunt, nec de methodo valde laborandum, dummodo rem ipsam teneamus. Causa autem differentiæ, quam thesis proponit, explicanda est, quoniam scientia vera & solida, in qua animus acquiescat, dependat à causa & Philosopho teste rem scire, est eam per causas cognoscere. Ratio autem hæc est, quoniam delictum ita afficit personam, ut extra illam, & ab ea relatio illa transferri & transire non possit, nec quidem in hæredem, qui delicti successor non est, neque repræsentatio defuncti, propter eam, quam dixi personalitatem in delictis locum habere potest, qua repræsentatione negata, necessariò quoque negatur jus agendi contra hæredes. Alia contractuum & conventionem ratio est, ex quibus obligatur quidem persona, sed propter res, quoniam omnis conventionis finis est, ut aliquid consequamur ab eo, cum quo contrahimus, & qui nobiscum contrahit, ex bonis suis aliquid nobis dare obligatur: itaque in quem transit patrimonium, & quicquid habuit defunctus, in hunc etiam obligatio ex conventione transit. Ex quo solidè confutatur opinio Anton. Fabr. & aliorum, qui actiones quasdam ex delicto persecutorias, in solidum putant transire in hæredes: etenim qui non tenentur obligationes ex delicto, illi nec actione inde descendente conveniri non possunt; nam quod tenentur in quantum pervenit, non est ex obligatione delicti, sed ex ipsa re: nec quicquam hic obstat *l. 3. §. hoc autem 5. quod quisq. iur. in al.* ubi dicitur pœnam transire ad hæredem, cui & ipsi propter iniquum jus à defuncto impetratum actio denegetur. Etenim respondeo vel cum Dd. *in l. un. C. ex delict. defunct.* quod hoc fiat per modum exceptionis: vel potius, quod illa re vera non pœna, sed rei persecutio est. Pone Titium impetrasse ius iniquum, ut creditori denegaretur actio, hinc Titius factus est locupletior: eoque si Titius vel hæredes eius contra eundem creditorē agere velint, meritò & ipsis actio deneganda est. Non obstat etiam *l. 2. de L. Iul. repetund.* ex qua etiam in hæredes intra annum actio datur: vel quia potest accipi de eo quod pervenit, vel quia ut itidem Dd. notant *in d. l. un.* speciale est odio administratorum & officialium, qui malo more à subditis pecunias acceperunt, ita ut res ipsæ vitio affectæ ad hæredem transisse censeantur. Et hinc etiam non obstat *l. Cuius. 22. ad SC. Syllan.* quoniam ibi propter non vindicatam necem defuncti, fiscus ex SC. statim jus in bonis habere incipit, eoque bona ita affecta in hæredem transmittuntur: quod etiam accidit omnibus casibus, quibus ipso jure pœna irrogatur, tunc enim executio fit in hæredes tenentes bona: quibus lex defunctum voluit privari, ut non Bart. *in l. 1. de privat delict. Salicet. & alii Dd. in d. l. un. C. ex delict. defunct.* Et hoc, ut hæredes non teneantur ex delicto, obtinet etiam in quasi delictis *l filiusf. 15. cum l. seq. de indic. l. ult. §. has indicia nautæ caupones. stab.* & ita consistit illa regula & differentia, quod actiones ex delictis in hæredes in solidum non dentur: & inde firmatur, quod disp. praeced. diximus; conditionem furtivam, quæ contra hæredes in solidum datur, ex delicto non nasci contra quam existimat Anton. Fab. & cum aliis Bart. *in l. 1. de privat. delict.* ubi frustra adducit *l. si ambo. 10. §. quoties de compens.* cum ex ea potius contrarium probetur, & condictio furtiva actioni ex maleficio opponitur: nec quidquam eum iuvat *l. si mulier 21. §. pen rer. am.* quia comparatio est secundum quid, quod utraq. persecutoria, non quod utraq; est ex delicto. Et inepta prorsus eiusdem Bartoli ratio specialitatis, qua utitur post gl. quare condictio

furtiva.

furtiva in solidum contra hæredes datur, desumta à frequentia furtorum: quæ præsertim certam illam rationem iuris supra propositam evertere non potest. Et ex hic solida quoque sumitur ratio, quare actiones ex contractibus etiam ob dolum defuncti in hæredes in solidum dentur: per text. *in l. ex deposit. 12. l. ex contractibus. 49. de obligat. & act. l. hoc iure. 152. & l. ad ea 157. de R. I. l. 1. §. 1. l. 7. §. 1. depos.* Sed huic tamen sententiæ non leviter obstat, quod *in §. 1. vers. aliquando Institut. de perp. & temp. act.* traditur ex contractu actionem in hæredes non dari, veluti quando testator dolosè versatus sit. Varii varia commenti sunt, pro defendendo Justiniano. Pettenoon 2. *animad.* 7. putat regulam *d. l.* 151. & 157. tantum ad contractus bonæ fidei pertinere, à quo non videtur alienus Wesembec. *in d.* § *Institut. de perpet. act.* Sed obstat & generalitas textuum, & supra memorata certa & solida ratio: nec dubitandum, si promissor dolo malo v. c. hominem occiderit, hæredem in solidum teneri, Suerin. 1. *rep. lect.* 1. intelligit Justinian. de actione doli, quæ ex contractu originem trahit, & ex caussa contractus datur, quæ una est explicatio Accurs. quem probat Bart. *in d. l.* 12. *de O. & A.* Alii intelligunt specialem casum, quo agitur ex deposito miserabili, quod vocant, Hottom. *in d.* § *Institut. Petr. Fabr. in l. sicut.* 38. *de R. I.* quam adeò opinionem malè sibi arrogat *Lielam* 1. *membr.* 19. quinimò ead. explicatio est apud Accurs. ubi & alias quasdam actiones recenset, quæ quodammodo sunt pœnales, nec in hæredem in solidum dantur: & tamen ex contractu ducunt originem: quam gloss. Joan. de Plat. & alii veteres Interpp. ibid. sequuntur. Magis certè horum qualisqualis conatus probandus est quam Anton. Fab. *dec.* 76. *err.* 3. qui se ingeniosum in confutando Tribon. ostendere satagit, retractata opinione sua 3 *conject.* 12. qua itidem, ut iam relati (sed ipse opiniones errore sibi id tribuit) *d. §. Institut.* explicavit de casu depositi miserabilis *ex l. de eo* 18. *depos.* ubi actio quæ aliàs contra ipsum depositarium in duplum est, contra hæredem tantum in simplum datur. Licet enim actio illa in duplum pœnalis sit, tota tamen, *arg. d. l.* 18 rectè dicitur esse ex contractu. & proinde non ineptè dicitur in hæredem in solidum non dari; & ita illa limitatio Justin. pertinebit ad actiones ex contractu non simpliciter, sed ut simul versetur, ut ita loquar, actionis pœnalitas vel delictum aliquod. veluti in actione tributoria, & aliis ab Accurs. d. loc. relatis, & sufficit vel unam atque alteram afferre actionem, in qua verificetur limitatio Triboniani: neque ullo modo necessum est, quod vult Fab. ut illud accipiatur generaliter, & de omnibus actionibus ex contractu, in quo defunctus admisit dolum, nec incommodum exemplum est in actione de precario *l.* 8. §. *ult. de precar.* Nam quod attinet *ad d. l. depositi*, fateri oportet non satis quadrare cum casum ad id, quod dicitur *in d. §. aliquando. Instit. de perpet. act.* non dari in hæredes, nisi quantum ad eos pervenit: quia imò quoad simplum, in quo est rei persecutio, actio etiam ex eo genere depositi, non in quantum pervenit, sed in solidum datur in hæredes, & hi tantum à duplo liberantur: quod ex ipsa l. 18. probatur: prorsus quidvis dicere præstat quam ut cum *Anton. Fab decad.* 76. *err.* 5. *in fin.* Tribonianum hic mirabilis inscitiæ & imperitiæ iuris impudenter arguamus.

Deducit hinc etiam immeritò à quibusdam ius civile hic accusari, quod hac constitutione, qua actiones pœnales, & ex delicto negantur in hæredes, iniqua alteri inferatur conditio. Pone mihi contra L. Aquil. damnum datum, dolum commissum, rem ubi abreptam aut subreptam, quem de possessione deiectum, & eum qui deliquit, antequam cum eo agi cœperit, mortuum esse, nec quicquam ex delicto ad hæredem pervenisse: hic non sine iniquitate in damno morabitur, in quem peccatum est, quod

est, quod præsertim ratius fit, ut totum injustum lucrum, quod sentit defunctus, perveniat ad hæredem: eaq; iniquitas evidentior erit, si ponas hæreditatē aliâs satis locupletem pervenisse ad hæredem. Etenim quod dicitur hæredem teneri in quantum ad eum pervenit, non significat, quantum omninò à defuncto, & ex bonis ejus accepit & cōsequutus est, sed solum quantum ex ipso delicto est lucratus: quod probatur 1. quia passim dicitur injustum lucrum, & scelere maleq; quæsitum heredi auferendum, eiq; extorquendum esse: quod de omnibus bonis defuncti dici non potest: 2. apparet hoc ex oppositione actionum ex contractu etiam, ubi intervenit defuncti dolus, quæ scilicet competunt in hæredes insolidum eoq; pertinet *l. 9. de condict. furt.* ex qua insolidum tenetur, qui tenetur pro eo, in quod obligat eum hæreditas. 3. Probatur *ex l in hæredem 26. de dol. mal.* ubi dicitur dari actionem in hæredem, quatenus ad eum pervenit, id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum hæreditas pervenit. Videtur sanè istud quandam sapere iniquitatem, sed ut dixi, patrocinatur isti sententiæ certa ratio juris, cui plurimum veteres tribuisse constat, quod ex causa delictorum successio, & repræsentatio defuncti non habet locum: quod præter supradicta confirmatur ex textu generali, & definitè loquenti *in l. un. C. ex delict. defunct.* illis verbis, *vel aliquid deliquit.* quæ erroris convincunt sententiam illorum, qui hoc tantum restringunt ad actiones pœnales: nam utcunque aliquid absit alteri, id tamen non sufficit, ut propterea hæres delinquentis in totum illud, in solidum debeat obligari. Et tamen cum delicta ferè non, aut non diu latere soleant, fieri potest, ut sit quod alteri imputetur, qui non protinus actionem movit contra eum: quoniam lite contestata actiones ex delicto non tantùm persecutoriæ, sed etiam pœnales in hæredes descendunt *l. un.* C *ex delict. defunct. l. omnes 26. l. sciendum 58. de O. & A. l. nemo. 87. de R. I. §. 1. Instit. de perpet & tempor. act.* quoniam per litis contestationem inducitur quædam, quasi novatio & ex nova causa incipit teneri reus *arg. l. 3. §. idem 11. de pecul.* ex quo fit, ut patet qui actione pœnali de peculio conveniri non potest *l. 58. de R. I.* filio tamen condemnatio ex causa judicati teneatur *d. l. 3. §. 11.* Neq; hic obstat quod accusationes criminales etiam post judicium cæptum, & litem contestatam defuncto reo perimuntur, ita ut bona quoq; maneant penes hæredes *l. ex iudiciorum 20. de accusat. l. 3. & 5. C. si accusat. vel reus*, quoniam litis contestatio non potest hic inducere novationem, quæ operetur contra hæredem, qui nec ullo modo potest fieri succedaneus pœnæ, & criminalibus actio in ipsam personam, ut puniatur, intenditur, utcunq; eo condemnato in consequentiam aliquando bona confiscentur: ex quo fit, ut quibus casibus principalis quæstio est de pecunia, mortuo reo antè sententiam, nihilominus causa peragatur *l. ult. ad L. Iul. pecul.* Porrò tantò minus iniquum est jus civile, ex quo post litem contestatam demum actiones ex delicto transeunt in hæredes, quoniam hoc amplius procedit, ubi ficta, ut ita loquar, litis contestatio intercedit, id est, pro contestata habetur, videlicet ubi reus tantum conventus est, ut est textus secundum literam *in l. constitutionibus. 33. de O. & A.* utcunq; Acc. eum restringat ad actiones annales: illud enim ferri non potest, quod ibid. Accurs. in verbis, *lite pro contestata habita*, particulam, *quasi* vult esse, ut loquitur, veritatis expressivam, ut intelligatur verè lis contestata: quæ quidem explicatio, licet eam magis probet Batt. & verbis & sententiæ *d. l. 33.* repugnat: & fortè ideò hoc ita constitutum fuit, quoniam sæpe inter conventionem & litis contestationem intercedit aliquis temporis tractus & mora, quam iniquum sit nocere ei, qui in persequendo jure suo diligens fuit; & facit huc textus *in l si enim 10. §. qui iniuriarum, si quis cautionibus, &c.* ubi

 dicitur,

actiones ex delicto hæredibus dentur: idq; probatur expressis textibus l. 1 §. 1 *de privat. delict. & in specie de actione furti, l. si dominum. 47. de furt.* & de actione L. Aquil. *l. inde. 23. §. hanc actionem. 8. d. L. Aquil.* textus generalis *in §. 1. Instit de perpet. act.* ubi Justin. juris regula est, inquit, ex maleficiis actiones in hæredem rei non competere, sed hæredibus hujusmodi actiones competunt: ut pudendus fit error. *Anton. Fabr. in rational ad l. 4. de calumniat.* ubi scribit actiones pœnales, nec in hæredes dari nec hæredibus. Decepit hominem perfunctoriè tantum jura tractantem *d. l. 4. de calumniat.* ubi illa actio negatur hæredi. Verum ex exceptione non facienda est regula, sed inquirenda specialitatis ratio. Et Salicet quidem *in l. 1. de calumniat. num. 8.* nullam aliam putat esse rationem, nisi quod ita placuerit legislatori: nam & ita JCtus *in l. 9. de religios.* miratur, quare placuerit eam actionem in factum, ubi quis prohibitur fu t inferre mortuum, non dari hæredi. Alia ratio extat apud *gl. in d. l. 4.* quoniam ex actio videtur competere ad vindictam. Licet enim, quo fundamento gl. hanc rationem impugnat, actio illa fit in quadruplum, & quadrupletur quod abest actori, attamen cum res non sit sublata, sed ab ipso metu calumniæ data, & potuerit vanus esse metus cum in judicio, & à judice nulla injuria metui debeat, videri possit in concedenda hac actione prætor vindictam magis spectasse, cum præsertim actio in quadruplum detur; ubi nihil actori abest, sed alius dedit ut mihi negotium fieret *l. 3. §. ult de calumniat* quin & existimaverit quis hanc actionem non omninò dissimilem esse actioni injuriarum, quia qui per calumniam, & falsò me tanquam debitorem suum in judicium vocat, aut se vocaturum comminatur, injuriam mihi facit *arg. l. item apud. 15 si quis. 33. de iniur.* actio autem injuriarum quia ad vindictam est, hæredibus *iniuriarum, 14. de iniur.* concurrente & hac ratione, quod actio injuriarum, (sed forte propter hoc ipsum, quia ad vindictam est) dissimulatione petit §. *ult. Instit. de iniuriis,* dissimulasse autem censetur, qui vivus non movit actionem: eoq; pertinet quod Justin. *in d. §. 1. Instit. de perpet. & temp. act.* negat hæredibus actionem injuriarum, & si qua alia similis inveniatur: & similem adeò dicemus esse actionem calumniæ: similem etiam actionem, quæ propter ingratitudinem donatarii revocat res donatas *l. his solis 7. vers. actionem. C. de revocand. donat.* ubi Imperator eam actionem ita vult esse personalem, ut vindicationis, id est, vindictæ & ultionis habeat effectum, eoq; nec detur à hæredi: item cum Theophilo *in d. §. 1. Instit. de perpet. & temp act.* huc referemus actionem in factum *ex l. pen. de in ius voc.* quæ datur parentibus & patronis contra edictum prætoris in jus vocatis: item querelam inofficiosi, quæ vindicat injuriam præteritionis & exhæredationis *l. 6 §. ult. de inoffic. test. Nov. 116. c. 5.* & ex jure veteri actionem de moribus *l. 1. C. Theodos. de dot.* & hujusmodi scilicet actionibus, vel propriè loquendo, vel plane non persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, itaque cessat ratio in pr. th. proposita, de diminutis bonis defuncti.

VI.

Alia hic differentia videtur notanda, inter actiones ex conventione, & ex delicto, quod illæ ferè perpetuæ, temporales & annales sint.

De distinctione actionum in perpetuas & temporalis infra loco proprio agemus. Plane nec omnes persecutoriæ etiam ex conventionibus perpetua, nec omnes pœnales, aut ex delicto annales vel temporales sunt, de quo infra dicemus: sed hic idio attingere

tingere istud visum fuit, quoniam textus juris nostri circa causam perpetuitatis vel temporalitatis, de qua hic tractamus, variare videntur, ita ut alii eò, quia persecutoriæ sint actiones, licet ex delicto, velint esse perpetuas; alii quia ex delicto sint, licet persecutoriæ, velint esse temporales & annales. Hoc modo *in l. 4 si mens. fals. mod. dixer.* ea actio, quæ est ex delicto persecutoria, dicitur esse perpetua: *in l. ult. §. ult nautæ caupones stabularii, &c.* actiones illæ, quæ tamen ex delicto sunt, dicuntur esse perpetuæ: & nominatim *in l. si mulier 21. rer. amot.* § *pen.* actio illa licet ex delicto dicitur esse perpetua, quia sit rei persecutoria: cui in assignanda ratione contraria est *l. 4. §. ult. cum ll. seqq. de alienat. iudic. mutandi causa*, ubi actio ea licet persecutoria, dicitur esse annalis, quia sit ex delicto. Et quod attinet *ad d. l. 4. si mens. fals. mod. dixer.* propria ibi assignatur ratio, quod actio illa originem habeat à negocio contracto: sed omninò contradicere sibi videntur *d. l. 4. §. ult. cum ll. seqq. de alien iud. mut. & d. l. 21. rer. amot.* in his duabus propositionibus: actio ex delicto est perpetua, quia est rei persecutoria: actio rei persecutoria est annalis, quia est ex delicto. Si verba præcisè urgeamus, difficilis erit huius rei compositio: sed utraq; ratio procedit in terminis suis, & in hoc vel illo genere actionum ex delicto persecutoriarum: inter has enim omninò distinguendum est, neq; præcisè urgenda aut captanda ratio JCtorum: & distinguam hic non tam inter actiones civiles & prætorias, quam potius juxta tradita th. t. an aliquid nobis sit ablatum ex patrimonio nostro, an verò non ablatum, sed tamen propter factum alterius actionem pro interesse nostro habeamus: in priori genere actionum ex delicto persecutoriarum, valet ratio *d. l. si mulier. 21. §. pen. rer. amot.* ut actio hoc modo persecutoria sit perpetua: in posteriori autem, quo salva nobis actio est, contra debitorem principalem, obtineat ratio *d. l. 4. §. pen. cum ll. seqq. de alien. iud. mut. caus.* ut actio hoc modo persecutoria, quoniam ex delicto descendit, non sit perpetua, sed tantum annalis.

VIII.

Atq; hæc ita hactenus. (*a*) Inter actiones autem rei persecutorias ex delicto, est actio rerum amotarum (*b*) quæ datur soluto matrimonio conjugi contra coniugem, qui constante matrimonio divortii causa aliquid amovit (*c*)

(*a*) Quæ propter connexionem hic proponere visum fuit, licet pleraq; etiam actionibus pœnalibus sint communia.

(*b*) De hac actione aliquid separatim dicemus, tum quia præ cæteris nobilior est, & obscuriorem habet tractatum, tum præcipuè ut opiniones hactenus receptas, imò ipsos textus juris, contra temerarias, & plus quàm impudentes disputationes A. Fabr. asseramus: & quod sic ex delicto persecutoria, expressum est *in l si mulier. 17 §. pen. rer. amot.* & magis confirmabitur th. seq.

(*c*) Hæc descriptio ostendit tria requiri, ut huic actioni fiat locus 1. ut solutum sit matrimonium, eo enim adhuc durante non datur hæc actio, sed tantum condictio *l. rerum 25. rer. amot.* 2. ut res sint amotæ divortii causa *l. Marcellus 11. §. 1. l. sed etsi. 19. l si mulier. 21. §. 1. rer. amot.* 3. ut constante matrimonio fuerint amotæ, siquidem si conjux post divortium rem etiam antea amotam iterum contrectet, furti actio est *l. 3. §. rer. amot.* Atque hinc est, quod Paul. scribit *in d. l 3. §. 2.* possibile esse cum uxore furti agere, si ei cur hæredes sumus, furtum fecerit, vel nobis antequam

te quam nuberet: his enim casibus furtum factum est, nondum marito vel non marito, atq; ita deficiunt requisita huius actionis. Eaque videtur esse summi Juris, ratio quia jam uxor, & nostra uxor est, ex humanitate negatur actio furti, & condictio furtiva datur, quoniam ex ratione jam dicta deficit actio rerum amotarum, cui præsertim constante matrimonio locus esse nequit: atque hoc temperamentum, æquitatis adjicitur *in fin. d.* §. 2. Sed Ant. Fab. contra hanc sententiam disputat. *decad.* 79. *err.* 1. inauditum esse dicens, ut ratione quacunque contra uxorem possit esse locus actioni furti, dupliciratione. 1. quia displicuerit contra uxorem actionem furti dari *d. l.* 3. §. *ult.* 2. quia nihil interfit, an cum nupta est, fecerit furtum, an antequam nuberet, vel an fecerit ipsi marito, an ei, cui successit maritus. Respondeo ad 1. verum id esse positis terminis habilibus, & jam dictis requisitis. Ad 2. esse puram petitionem principii, & perspicuè falsum esse, quod nihil inter eos casus intersit: tum quia cessat ratio *l.* 1. *rer. amot.* societas scilicet vitæ: tum hinc porrò qui actio furti semel rectè nata est, nòn autem est nata, ubi ipsi marito constante mattimonio res fuerunt amotæ. Atque ita rectè defenditur, quod summi juris ratio tribuunt actionem furti: maxime si admittas cum Fabro, actionem rerum amotarum esse quodammodo ex contractu, de quo dicemus th. 9. quod utiq; in casibus illis duobus, qui proponuntur *in d. l.* 1 §. 2. dici non potest. Sed Fab. amplius nec hoc defendi posse putat, quod condictioni furtivæ locus sit: quoniam, si condictioni furtivæ locus esse potuisset, non opus fuisset actione rerum amotarum. Sed & hæc est petitio principii, quoniam dicimus actionem rerum amotarum competere, ubi superiora concurrunt: & in casibus illis duobus satis clementer agitur cum muliere, si tantum convenitur condictione furtiva: quæ aliâs arguit furtum verè admissum, adeoq; eam, ubi constante matrimonio ipsi conjugi res amota esset, jura nostra dari noluerunt. Et hinc falsum est, quod Fab. ait, nullam posse dari rationem, propter quam negata actione furti admitti possit condictio furtiva: & inde porrò improbrum, quod totum cum §. adscribit Triboniano: tantò ineptius, quod Tribonianus minimè autor solet esse duriorum sententiarum, cui adeò potius temperamentum illud de condictione furtiva fuerit tribuendum: quod ipse movet Fab. *de decad.* 79. *err.* 2. Valde autem suaviter Fab. manum Triboniani arguit ex verbo, *possibile*: quasi non sæpè etiam verbo, *impossibile*, JCti nostri utantur. Deinde eo deceptum esse ait Tribonianum, quod *in pr. d. l.* 3. proponitur de furti actione danda contra uxorem ob furtum servi: quem casum Tribonianus similem esse putaverit duobus illis qui referuntur *in* §. 2. quasi verò non sint diversissimi illi casus, aut quasi tam rudis & imperitus fuit Tribonianus, ut non intellexerit, quod nec dupondius ignorat, actionem furti, quæ ex delicto servi contra dominum datur, non puram sed noxalem, eoq; nec pœnalem nec famosam esse. Talem quidem Tribonianum passim nobis depingit Fab. sed verendum est, ne illi ipsi rudes & imperiti sint, qui nihil nisi imperitiam & stultitiam Triboniani crepare solent.

VIII.

Hinc autem, quoniam hæc actio ex delicto est, solida sumitur ratio, propter quam in hæredes in solidum non datur, sed tantum quatenus ad eos pervenit.

Traditur hoc *in l. ult.* C. *rer. amot.* quem textum Fab. olim inepta interpretatione *lib.* 4. *conject. c.* 1. corrupit, ùt efficeret, hanc actionem in hæredes in solidum dari:

à qua sententia postea recessit *decad.* 80. *error.* 1. sed ita ut errorem veterem novo & crassiori mutaret. Rationem autem veram esse puto, quam ostendit thesis, quoniam, juxta superius dicta nulla actio ex delicto, in hæredes in solidum datur: & jam disp. præced. probavimus, quod condictio furtiva ex delicto non sit: certissime autem ratione actio rerum amotarum ex delicto est: quoniam juxta *l.* 1. & 2. *rer. amot.* uxor veré furtum committit, cui prorsus competit definitio furti, sed in honorem matrimonij pœnalis & famosa actio non datur, sed actio rerum amot. quæ adeò non aliunde nisi ex huiusmodi facto, quod essentia sua furtum est, eoq; ex vero delicto descendere dici potest. Hinc qui mulieri res amoventi ope consilio adsunt, aut eum ea furantur, ipsi furti tenentur, itemq; si mulier furtum facientibus consilium vel opem præstat, ipsa rerum amotarum tenetur *l. si quis* 52. *in pr.* §. 1. & 2. *de furt.* ut appareat idem numero factum in aliis actione furti, in uxore actione rerum amot. vindicari, eoq; uxorem revera committere furtum: quia de causa d. loc. res subtrahi, & furtum fieri dicitur. Hinc *in l. si mulier.* 25. *inf.* traditur cessare hic exceptionem competentiæ, quoniam hæc causa pendeat ex furto: eodemq; pertinet, quod mulier furti tenetur, si res mariti cum penes alium essent, subtraxerit *l. si uxor.* 28. *rer. amot.* denique textus est *in l. pen. eod.* quod in veritate fiat furtum. Ex quibus solidè probatur, quod hæc actio rer. amot. verè sit ex delicto, & ex vero delicto: & simul ostenditur falsum & ineptum esse, quod Ant. Fab. scribit *decad* 79. *err.* 2. amotionem rerum, societatem vitæ & bonorum habere pro causa: quo quidem modo etiam furtum socii commodatarii, vel depositarii dicam habere causam contractum. Et prorsus ineptè adducitur, quod *l.* 1. *rer. amot.* de societate bonorum & vitæ traditur: quoniam illis verbis ratio redditur quare uxor cum sit socia divinæ & humanæ domus, non debeat teneri actione famosa: quamvis iste sit color potius quam veritas rei, si quidem jure nostro nulla prorsus bonorum communio inter conjuges intercedit. Sed quis miretur ita loqui Ant. Fabr. cum ille *decad.* 78. *error.* 3. quodammodo ex contractu actionem rerum amotarum descendere contendat, de quo dicemus th. seq. Prorsus si ita esset, tanto facilius deberet actio illi dari in hæredes in solidum: quod Fab. tamen non admittit: ideoq; cur in hæredem in solidum non detur hæc actio, novam confingit rationem, quod scilicet sit actio arbitraria *d. decad.* 80. *err.* 1. *decad.* 92. *error.* 8. Hoc quidem nullo modo probat: neq; enim, qua ratione utitur, quod in ea juratur in litem, idoneum satis argumentum præbet, cæteroquin omnes pene actiones bonæ fidei futuræ sint arbitrariæ: sed & admisso hoc, inepta consequentia est: actio est arbitraria: ergo non datur in hæredes in solidum; ita enim actio de eo, quod certo loco in hæredes in solidum dari non posset: & positis terminis habilibus actionis personalis ex conventione, poneretur etiam hoc, quod contra hæredes in solidum competat ut maximè actio arbitraria sit. Et inepta est ratio, quod ait A. Fab. virum bonum non arbitraturum, ut plus præstet hæres, quam ad eum pervenit, quia imò vir bonus judicabit secundum naturam actionis, cæteroquin vir bonus & judex non posset eundem nare reum, & ejus hæredes in solidum, ubi ex causa contractuum bonæ fidei ob dolum defuncti conveniuntur. Sed pudet penè refutare has ineptias hominis, qui hoc unum agere videtur, ut iurisprudentiæ nostræ illudat, qui nec scribere veretur *dec.* 76. *err.* 6. hanc in genere esse rationem, cur actiones ex delicto non transeant in hæredes, quoniam sint arbitrariæ. Ita quidem omnes actiones pœnales mixtæ, omnes ex delicto persecutoriæ fuerint arbitrariæ actiones: quo nihil insanius dici potest. Porrò nec ex eo actiones arbitrariæ dicuntur, quod judici permissum sit

libetum

liberum arbitrium, sed quod arbitrium aliquod de restituendo, sententiam & condemnationem præcedat. Eiusdem vanitatis hæc Fabri ratio est, quod non sit æquum reum condemnari in plus, quàm ad eum pervenit, ex delicto quod ipso ignorante commissum est: vel quia nihil hoc facit, ut propterea hæc actio sit arbitraria, vel quia si hoc simpliciter attendatur, nec æquum videtur, ut hæredibus dolus defuncti in contractibus commissus imputetur: vel quia condictio furtiva, quam Ant. Fab. ex delicto esse ait, in hæredes in solidum datur: & ratio differentiæ, quam reddit quod condictio furtiva sit stricti juris, pariter inepta est: quoniam inde non efficitur, ut tanto magis hæres in solidum debeat teneri: neq; Ant. Fab. probavit, rerum amotarum actionem stricti juris non [illegible] quamvis propriè loquendo hæ qualitates, bonæ fidei & stricti juris, propriæ sint actionum ex conventione, nec nisi ineptè actionibus ex delicto accommodantur: aut præter rationem juris & usum, omnes omninò actiones, præter enumeratas in §. *actionum*. 28. *Instit. de action.* inter actiones stricti juris erunt referendæ, & ita per consequentiam istam Fabrilem, omnes in hæredes in solidum dabuntur.

IX.

Et hinc porrò, quoniam actio ex delicto est, non dabitur in patrem, nisi quantum ad eum pervenit, & peculium locupletius factum est.

Confirmatur ex iis, quæ diximus disp. præced. de condictione furtiva, quod ea in patrem datur, quatenus peculium est locupletius *ex l 3 §. pen. de pecul.* ut tantò minus actio rerum amotarum, quæ verè ex delicto est, in solidum & totum peculium competere queat: & est ad hoc textus expressus *in d. l. 3. §. pen. in fin.* ubi hæc in re actio rerum amotarum, & condictio furtiva comparantur: nogas etenim A. Fabri, qui totum illum locum Triboniano imputat, & erroris arguit, eàd. disp. præced refutavimus. Atq; ita haud dubio accipienda est *l. 3. § ult. rer. amot.* quod hoc nomine in patrem actio de peculio detur, sc. ut intelligamus, dari quatenus in peculium pervenit. Sed Ant. Fab. contrario errore, qui condictionem furtivam de peculio in patrem prorsus negat actionem rerum amotarum in patrem concedit, non tantum quatenus est locupletior, propter auctum peculium, sed in totum peculium. Et *1. decad. l. 78. error. 5.* longè aliam rationem actionis rerum amot. & condictionis furtivæ esse scribit, quod causa furti sit pœnalis, non autem rerum amotarum. Verum hæc differentia nihil quicquam facit, ad tractationem de condictione furtiva, in patrem tantum; quatenus peculium locupletius est, concedenda, quoniam hactenus condictio furtiva nullo prorsus modo pœnalis est, non magis quam quæcunq; actio ex delicto, quatenus porrigitur in hæredem pro extorquendo injusto lucro: & jam ante probavimus, actionem rerum amot. magis esse ex delicto, quam condictionem furtivam, imò hanc ex delicto non esse. Et hæc est sententia *l. 3. §. ult. rer. amot.* quod vel in patrem detur actio de peculio, quatenus hoc locupletius est, vel in filiam directa actio rerum amotarum, quia displicuit eam furti obligari: quo modo trajectis verbis aut legendum est *in d. l 3.* aut ita accipienda ratiocinatio Pauli. Vulgata enim lectio contorta est, dandam actionem de peculio, quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem; ex qua lectione ineptè ratiocinatur Fab. *d. error. 5.* ideò in patrem dari actionem de peculio, quia filia non committat furtum: nam imò verè committit furtum, sed furti non obligatur, ut in alio casu responsum est *in l. inter. 46. §. pen.*

tione nimis multæ sunt species: earum quæ sunt ex delicto, hæ jam occurrunt, actio in factum *de eo, per quem factum erit, &c. l. fin. eo titulo* actio ex edicto de alienat. iudicii mutandi, actio ex edicto, quod met. caus. extra casum contumaciæ *l. item si. 13. §. 1. quod met. caus.* actio doli, *arg. l. 16 & 26 de dol. mal.* actio in factum vi & vi arm. *l. 1. in pr. & § pen. cum l. seq. eo tit.* actio si mens. fals. mod. dixer. *toto eo. tit.* actio triburoria, *l. 7. §. ult. & l. 8. de tributor. act.* ubi Anton. Fab. *decad. 76. err. 7.* tanquam pro re magna monet, quod dicitur *in d. l. 7. §. ult. & l. seq.* cum actionem perpetuam esse, & in hæredes dari quantum pervenit, quoniam sit rei persecutoria, ita accipiendum & explicandum esse, ut ratio jam dicta tantum referatur ad prius illud, quod de perpetuitate dicitur, non tantum ad posterius, quod detur de eo, quod pervenit ad hæredes: neque enim ita concludi posse: est persecutoria, ergo datur in hæredes quantum pervenit: tum quia etiam actiones pœnales mixtæ ad hoc ipsum dantur in hæredes, tum verò quoniam persecutoriæ actiones dantur in solidum in hæredes: & facere videtur pro Ant. Fab. *l. in honorariis 35. de O. & act.* ubi dicitur, actiones persecutorias etiam post annum, & ita perpetuò dari, cæteras intra annum, atque ita quæ non sint persecutoriæ, & tamen in hæredem descendunt, in quantum pervenit: & ergo ab eo, quod actio est persecutoria, non potest inferri, quod in hæredem detur, in quantum pervenit. Sed observandum hic est 1. quod juxta th. præced. actio rei persecutoria aliquando sumatur in specie, pro ea quæ descendit ex conventione, aliquando latius, pro omni ea, quæ etiam ex delicto persequitur quod nobis abest. 2. Quod omnes actiones, quæ & quatenus in heredes datur etiam pœnales, ad extorquendum lucrum, dantur sub qualitate persecutoriarum: itaque cum disputamus de actionibus persecutoriis ex delicto, non malè inferimus persecutoriæ sunt ex delicto, ergo dantur in hæredes, in quantum pervenit: 3. quod nec, si quis verba captare velit, hæc bona consequentia sit: actio est rei persecutoria, ergò est perpetua, quoniam quædam persecutoriæ ex delicto annales sunt, ut mox dicemus: imò quædam etiam aliæ persecutoriæ, quæ dantur contra jus commune *d. l. 35. de obl. & act.* Et tantò minus hic audiendum est Ant. Fabr. quod eod. modo loquitur JCtus *in l. 1. §. ult. iuncta l. 3. §. 1. de vi & vi arm.* cum enim dixisset *in d. § ult.* eam actionem in hæredes competere, in quantum pervenit, mox *in §. 1. l. 3.* repetit eam actionem adversus hæredes cæterosque successores, quatenus scilicet ad eos pervenit perpetuò competere, quia in ea rei persecutio continetur. Eoq; facit, quod solæ actiones pœnales, merè tales, nullo prorsus modo & respectu in hæredes porriguntur, quia nulla planè ratione persecutoriæ sunt: facit etiam quod actiones ex delicto, quæ persequuntur interesse actoris, non pœnales à JCtis, sed rei persecutoriæ appellantur. Ideoque non ferendum est, quod Anton. Fab. d. loco corrumpit *d. l. 3. § 1. de vi & vi arm.* & pro *adversus heredes.* vult legi, *ad hæredes*, ut jam non hæredes rei, sed actoris intelligantur: quo quidem modò ineptior fit ratio JCti, quandoquidem etiam pœnales merè actiones hæredibus actoris sine controversia competunt, & pœnales actiones civiles perpetuæ sunt.

IV.

Præcipua harum actionum ex conventione & delicto differentia est, quod illæ dantur in hæredes in solidum, hæ vero non dantur, nisi quatenus pervenit.

Quasi in vestibulo hoc præmittere visum fuit, nam aliàs non tantum ad persecuto-

cutorias ex delicto hoc pertinet, sed etiam ad pœnales, & has vel maxime, de quibus postea plenius agetur. Planè non fuisset incommodum, si Justin. divisionem sumsisset à causa efficiente, quod actiones personales essent, vel ex conventione, vel ex delicto, & has subdivisisset in persecutorias & pœnales. Sed istæ minutiæ parum curandæ sunt, nec de methodo valde laborandum, dummodo rem ipsam teneamus. Causa autem differentiæ, quam thesis proponit, explicanda est, quoniam scientia vera & solida, in qua animus acquiescat, dependat à causa & Philosopho teste rem scire, est eam per causas cognoscere. Ratio autem hæc est, quoniam delictum ita afficit personam, ut extra illam, & ab ea relatio illa transferri & transire non possit, nec quidem in hæredem, qui delicti successor non est, neque repræsentatio defuncti, propter eam, quam dixi personalitatem in delictis locum habere potest, qua repræsentatione negata, necessariò quoque negatur jus agendi contra hæredes. Alia contractuum & conventionem ratio est, ex quibus obligatur quidem persona, sed propter res, quoniam omnis conventionis finis est, ut aliquid consequamur ab eo, eum quo contrahimus, & qui nobiscum contrahit, ex bonis suis aliquid nobis dare obligatur: itaque in quem transit patrimonium, & quicquid habuit defunctus, in hunc etiam obligatio ex conventione transit. Ex quo solidè confutatur opinio Anton. Fabr. & aliorum, qui actiones quasdam ex delicto persecutorias, in solidum putant transire in hæredes: etenim qui non tenentur obligationes ex delicto, illi nec actione in de descendente conveniri non possunt: nam quod tenentur in quantum pervenit, non est ex obligatione delicti, sed ex ipsa re: nec quicquam hic obstat *l. 5. §. hoc autem 5. quod quisq. iur. in al.* ubi dicitur pœnam transire ad hæredem, cui & ipsi propter iniquum jus à defuncto impetratum actio denegetur. Etenim respondeo vel cum Dd. *in l. un. C ex delict. defunct.* quod hoc fiat per modum exceptionis: vel potius, quod illa re vera non pœna, sed rei persecutio est. Pone Titium impetrasse ius iniquum, ut creditori denegaretur actio, hinc Titius factus est locupletior; eoque si Titius vel hæredes eius contra eundem creditorē agere velint, meritò & ipsis actio deneganda est. Non obstat etiam *l. 2. de L. Iul. repetund.* ex qua etiam in hæredes intra annum actio datur: vel quia potest accipi de eo quod pervenit, vel quia ut itidem Dd. notant *in d. l. un.* speciale est odio administratorum & officialium, qui malo more à subditis pecunias acceperunt, ita ut res ipsæ vitio affectæ ad hæredem transiisse censeantur. Et hinc etiam non obstat *l. Cuius. 22. ad SC. Syllan.* quoniam ibi propter non vindicatam necem defuncti, fiscus ex SC. statim jus in bonis habere incipit, eoque bona ita affecta in hæredem transmittuntur: quod etiam accidit omnibus casibus, quibus ipso jure pœna irrogatur, tunc enim executio fit in hæredes tenentes bona: quibus lex defunctum voluit privari, ut non Bart. *in l. 1. de privat delict. Salicet. & alii Dd. in d. l. un. C. ex delict. defunct.* Et hoc, ut hæredes non teneantur ex delicto, obtinet etiam in quasi delictis *l. filiusf. 15. cum l. seq. de iudic. l. ult. §. hac iudicia nautæ caupones. stab.* & ita consistit illa regula & differentia, quod actiones ex delictis in hæredes in solidum non dentur; & inde firmatur, quod disp. praeced. diximus; condictionem furtivam, quæ contra hæredes in solidum datur, ex delicto non nasci contra quam existimat Anton. Fab. & cum aliis Bart. *in l. 1. de privat. delict.* ubi frustra adducit *l. si ambo 10. §. quoties de compens.* cum ex ea potius contrarium probetur, & condictio furtiva actioni ex maleficio opponitur: nec quidquam eum iuvat *l. si mulier 21. §. pen rer. am.* quia comparatio est secundum quid, quod utraq; persecutoria, non quod utraq; est ex delicto. Et inepta prorsus eiusdem Bartoli ratio specialitatis, qua utitur post gl. quare condictio furtiva.

furtiva in solidum contra hæredes datur, desumta à frequentia furtorum: quæ præsertim certam illam rationem iuris supra propositam evertere non potest. Et ex hic solida quoque sumitur ratio, quare actiones ex contractibus etiam ob dolum defuncti in hæredes in solidum dentur: per text. *in l. ex deposit.* 12. *l. ex contractibus.* 49. *de obligat. & act. l. hoc iure.* 152. *& l. ad ea* 157. *de R. I. l.* 1. §. 1. *l.* 7. §. 1. *depos.* Sed huic tamen sententiæ non leviter obstat, quod *in §.* 1. *vers. aliquando Institut. de perp & temp. act.* traditur ex contractu actionem in hæredes non dari, veluti quando testator dolosè versatus sit. Varii varia commenti sunt, pro defendendo Iustiniano. Perrenoon 2. *animad.* 7. putat regulam *d. l.* 152. *&* 157. tantum ad contractus bonæ fidei pertinere, à quo non videtur alienus Wesembec. *in d.* § *Institut. de perpet. act.* Sed obstat & generalitas textum, & supra memorata certa & solida ratio: nec dubitandum, si promissor dolo malo v. e. hominem occiderit, hæredem in solidum teneri. Suerin. 1. *rep. lect.* 1. intelligit Iustinian. de actione doli, quæ ex contractu originem trahit, & ex causa contractus datur, quæ una est explicatio Accurs. quem probat Bart. *in d. l.* 12. *de O. & A.* Alii intelligunt specialem casum, quo agitur ex deposito miserabili, quod vocant, Hottom. *in d.* § *Institut. Petr. Fabr. in l. sicut.* 38. *de R. I.* quam adeò opinionem malè sibi arrogat *Liclam* 1. *membr.* 19. quinimò ead. explicatio est apud Accurs. ubi & alias quasdam actiones recenset, quæ quodammodo sunt pœnales, nec in hæredem in solidum dantur: & tamen ex contractu ducunt originem: quam gloss. Ioan. de Plat. & alii veteres Interpp. ibid. sequuntur. Magis certè horum qualisquals conatus probandus est quam Anton. Fab. *dec.* 76. *err.* 3. qui se ingeniosum in confutando Tribon. ostendere satagit, retractata opinione sua 3 *coniect.* 12. qua itidem, ut iam relati (sed ipse opiniones errore sibi id tribuit) *d. §. Institut.* explicavit de casu depositi miserabilis *ex l. de eo* 18. *depos.* ubi actio quæ aliàs contra ipsum depositarium in duplum est, contra hæredem tantum in simplum datur. Licet enim actio illa in duplum pœnalis sit, tota tamen, *arg. d. l.* 18 rectè dicitur esse ex contractu. & proinde non ineptè dicitur in hæredem in solidum non dari; & ita illa limitatio Iustin. pertinebit ad actiones ex contractu non simpliciter, sed ut simul versetur, ut ita loquar, actionis pœnalitas vel delictum aliquod. veluti in actione tributoria, & aliis ab Accurs. d. loc. relatis. & sufficit vel unam atque alteram afferre actionem, in qua verificetur limitatio Triboniani: neque ullo modo necessum est, quod vult Fab. ut illud accipiatur generaliter, & de omnibus actionibus ex contractu, in quo defunctus admisit dolum, nec incommodum exemplum est in actione de precario *l.* 8. §. *ult. de precar.* Nam quod attinet *ad d. l. depositi*, fateri oportet non satis quadrare cum casum ad id, quod dicitur *in d. §. aliquando. Instit. de perpet. act.* non dari in hæredes, nisi quantum ad eos pervenit: quia imò quoad simplum, in quo est rei persecutio, actio etiam ex eo genere depositi, non in quantum pervenit, sed in solidum datur in hæredes, & hi tantum à duplo liberantur: quod ex ipsa l. 18. probatur: prorsus quidvis dicere præstat quam ut cum *Anton. Fab decad.* 76. *err.* 5. *in fin.* Tribonianum hic mirabilis inscitiæ & imperitiæ iuris impudenter arguamus.

Deducit hinc etiam immeritò à quibusdam ius civile hic accusari, quod hac constitutione, qua actiones pœnales, & ex delicto negantur in hæredes, iniqua alteri inferatur conditio. Pone mihi contra L. Aquil. damnum datum, dolum commissum, rem ubi abreptam aut subreptam, quem de possessione deiectum, & eum qui deliquit, antequam eum eo agi cœperit, mortuum esse, nec quicquam ex delicto ad hæredem pervenisse: hic non sine iniquitate in damno morabitur, in quem peccatum est, quod

est, quod præsertim ratius fit, ut totum injustum lucrum, quod sentit defunctus, perveniat ad hæredem: eaq; iniquitas evidentior erit, si ponas hæreditatē aliâs satis locupletem pervenisse ad hæredem. Etenim quod dicitur hæredem teneri in quantum ad eum pervenit, non significat, quantum omninò à defuncto, & ex bonis ejus accepit & cōsequutus est, sed solum quantum ex ipso delicto est lucratus: quod probatur 1. quia passim dicitur injustum lucrum, & scelere maleq; quæsitum heredi auferendum, eiq; extorquendum esse: quod de omnibus bonis defuncti dici non potest: 2. apparet hoc ex oppositione actionum ex contractu etiam, ubi intervenit defuncti dolus, quæ scilicet competunt in hæredes insolidum eoq; pertinet *l. 9. de condict. furt.* ex qua insolidum tenetur, qui tenetur pro eo, in quod obligat eum hæreditas. 3. Probatur *ex l in hæredem 26. de dol. mal.* ubi dicitur dari actionem in hæredem, quatenus ad eum pervenit, id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum hæreditas pervenit. Videtur sanè istud quandam sapere iniquitatem, sed ut dixi, patrocinatur isti sententiæ certa ratio juris, cui plurimum veteres tribuisse constat, quod ex causa delictorum successio, & repræsentatio defuncti non habet locum: quod præter supradicta confirmatur ex textu generali, & definitè loquenti *in l. un. C. ex delict. defunct.* illis verbis, *vel aliquid deliquit.* quæ erroris convincunt sententiam illorum, qui hoc tantum restringunt ad actiones pœnales: nam utcunque aliquid absit alteri, id tamen non sufficit, ut propterea hæres delinquentis in totum illud, in solidum debeat obligari. Et tamen cum delicta ferè non, aut non diu latere soleant, fieri potest, ut sit quod alteri imputetur, qui non protinus actionem movit contra eum: quoniam lite contestata actiones ex delicto non tantùm persecutoriæ, sed etiam pœnales in hæredes descendunt *l. un. C ex delict. defunct. l. omnes 26. l. sciendum 58. de O. & A. l. nemo. 87. de R. I. §. 1. Instit. de perpet & tempor. act.* quoniam per litis contestationem inducitur quædam, quasi novatio & ex nova causa incipit teneri reus *arg. l. 3. §. idem 11. de pecul.* ex quo fit, ut patet qui actione pœnali de peculio conveniri non potest *l. 58. de R. I.* filio tamen condemnatio ex causa judicati teneatur *d. l. 3. §. 11.* Neq; hic obstat quod accusationes criminales etiam post judicium captum, & litem contestatam defuncto reo perimuntur, ita ut bona quoq; maneant penes hæredes *l. ex judiciorum 20. de accusat. l. 3. & 5. C. si accusat. vel reus*, quoniam litis contestatio non potest hic inducere novationem, quæ operetur contra hæredem, qui nec ullo modo potest fieri succedaneus pœnæ, & criminalibus actio in ipsam personam, ut puniatur, intenditur, utcunq; eo condemnato in consequentiam aliquando bona confiscentur: ex quo fit, ut quibus casibus principalis quæstio est de pecunia, mortuo reo antè sententiam, nihilominus causa peragatur *l. ult. ad L. Iul. pecul.* Porrò tantò minus iniquum est jus civile, ex quo post litem contestatam demum actiones ex delicto transeunt in hæredes, quoniam hoc amplius procedit, ubi ficta, ut ita loquar, litis contestatio intercedit, id est, pro contestata habetur, videlicet ubi reus tantum conventus est, ut est textus secundum literam *in l. constitutionibus. 33. de O. & A.* utcunq; Acc. eum restringat ad actiones annales: illud enim ferri non potest, quod ibid. Accurs. in verbis, *lite pro contestata habita*, particulam, *quasi* vult esse, ut loquitur, veritatis expressivam, ut intelligatur verè lis contestata: quæ quidem explicatio, licet eam magis probet Bart. & verbis & sententiæ *d. l. 33.* repugnat: & fortè ideò hoc ita constitutum fuit, quoniam sæpe inter conventionem & litis contestationem intercedit aliquis temporis tractus & mora, quam iniquum sit nocere ei, qui in persequendo jure suo diligens fuit: & facit huc textus *in l si eum 10. §. qui injuriarum, si quis cautionibus, &c.* ubi

 dicitur,

actiones ex delicto hæredibus dentur: idq; probatur expressis textibus *l* 1 §.1 *de priv. delict. & in specie de actione furti, l. si dominum. 47. de furt.* & de actione L. Aquil. *l. inde. 23. §. hanc actionem. 8. d. L. Aquil.* textus generalis *in §. 1. Instit de perpet. act.* ubi Justin. juris regula est, inquit, ex maleficiis actiones in hæredem rei non competere, sed hæredibus hujusmodi actiones competunt: ut pudendus sit error. *Anton. Fabr. in rational. ad l. 4. de calumniat.* ubi scribit actiones pœnales, nec in hæredes dari nec hæredibus. Decepit hominem perfunctoriè tantum jura tractantem *d. l. 4. de calumniat.* ubi illa actio negatur hæredi. Verum ex exceptione non facienda est regula, sed inquirenda specialitatis ratio. Et Salicet quidem *in l. 1. de calumniat. num. 8.* nullam aliam putat esse rationem, nisi quod ita placuerit legislatori: nam & ita JCtus *in l. 9. de religios.* miratur, quare placuerit eam actionem in factum, ubi quis prohibitus fuit inferre mortuum, non dari hæredi. Alia ratio extat apud *gl. in d. l. 4.* quoniam ea actio videtur competere ad vindictam. Licet enim, quo fundamento gl. hanc rationem impugnat, actio illa fit in quadruplum, & quadrupletur quod abest actori, attamen cum res non sit sublata, sed ab ipso metu calumniæ data, & potuerit vanus esse metus eum in judicio, & à judice nulla injuria metui debeat, videri possit in concedenda hac actione prætor vindictam magis spectasse, cum præsertim actio in quadruplum detur: ubi nihil actori abest, sed alius dedit ut mihi negotium fieret *l. 3. §. ult de calumniat* quin & existimaverit quis hanc actionem non omninò dissimilem esse actioni injuriarum, quia qui per calumniam, & falsò me tanquam debitorem suum in judicium vocat, aut se vocaturum comminatur, injuriam mihi facit *arg. l. item apud. 15 si quis. 33. de iniur.* actio autem injuriarum quia ad vindictam est, hæredibus *iniuriarum, 14. de iniur.* concurrente & hac ratione, quod actio injuriarum, (sed forte propter hoc ipsum, quia ad vindictam est) dissimulatione perit §. *ult. Instit. de iniuriis,* dissimulasse autem censetur, qui vivus non movit actionem: eoq; pertinet quod Justin. *in d. §. 1. Instit. de perpet. & temp. act.* negat hæredibus actionem injuriarum, & si qua alia similis inveniatur: & similem adeò dicemus esse actionem calumniæ: similem etiam actionem, quæ propter ingratitudinem donatarii revocat res donatas *l. his solis 7. vers. actionem. C. de revocand. donat.* ubi Imperator eam actionem ita vult esse personalem, ut vindicationis, id est, vindictæ & ultionis habeat effectum, eoq; nec detur à hæredi: item cum Theophilo *in d. §. 1. Instit. de perpet. & temp act.* huc referemus actionem in factum *ex l. pen. de in ius voc.* quæ datur parentibus & patronis contra edictum prætoris in jus vocatis: item querelam inofficiosi, quæ vindicat injuriam præteritionis & exhæredationis *l. 6 §. ult. de inoffic. test. Nov. 116. c. 5.* & ex jure veteri actionem de moribus *l. 1. C. Theodos. de dot.* & hujusmodi scilicet actionibus, vel propriè loquendo, vel plane non persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, itaque cessat ratio in pr. th. proposita, de diminutis bonis defuncti.

VI.

Alia hic differentia videtur notanda, inter actiones ex conventione, & ex delicto, quod illæ ferè perpetuæ, temporales & annales sint.

De distinctione actionum in perpetuas & temporalis infra loco proprio agemus. Plane nec omnes persecutoriæ etiam ex conventionibus perpetua, nec omnes pœnales, aut ex delicto annales vel temporales sunt, de quo infra dicemus: sed hic idio at-

tequam nuberet: his enim casibus furtum factum est, nondum marito vel non marito, atq; ita deficiunt requisita huius actionis. Eaque videtur esse summi Juris, ratio quia jam uxor, & nostra uxor est, ex humanitate negatur actio furti, & condictio furtiva datur, quoniam ex ratione jam dicta deficit actio rerum amotarum, cui præsertim constante matrimonio locus esse nequit: atque hoc temperamentum, æquitatis adjicitur *in fin. d.* §. 2. Sed Ant. Fab. contra hanc sententiam disputat. *decad.* 79. *err.* 1. inauditum esse dicens, ut ratione quacunque contra uxorem possit esse locus actioni furti, duplici ratione. 1. quia displicuerit contra uxorem actionem furti dari *d. l.* 3. §. *ult.* 2. quia nihil interfit, an cum nupta est, fecerit furtum, an antequam nuberet, vel an fecerit ipsi marito, an ei, cui successit maritus. Respondeo ad 1. verum id esse positis terminis habilibus, & jam dictis requisitis. Ad 2. esse puram petitionem principii, & perspicue falsum esse, quod nihil inter eos casus intersit: tum quia cessat ratio *l.* 1. *rer. amot.* societas scilicet vitæ: tum hinc porrò qui actio furti semel rectè nata est, non autem est nata, ubi ipsi marito constante matrimonio res fuerunt amotæ. Atque ita rectè defenditur, quod summi juris ratio tribuunt actionem furti: maxime si admittas cum Fabro, actionem rerum amotarum esse quodammodo ex contractu, de quo dicemus th. 9. quod utiq; in casibus illis duobus, qui proponuntur *in d. l.* 1 §. 2. dici non potest. Sed Fab. amplius nec hoc defendi posse putat, quod condictioni furtivæ locus sit: quoniam, si condictioni furtivæ locus esse potuisset, non opus fuisset actione rerum amotarum. Sed & hæc est petitio principii, quoniam dicimus actionem rerum amotarum competere, ubi superiora concurrunt: & in casibus illis duobus satis clementer agitur cum muliere, si tantum convenitur condictione furtiva: quæ aliàs arguit furtum verè admissum, adeoq; eam, ubi constante matrimonio ipsi conjugi res amota esset, jura nostra dari noluerunt. Et hinc falsum est, quod Fab. ait, nullam posse dari rationem, propter quam negata actione furti admitti possit condictio furtiva: & inde porrò improbrum, quod totum eum §. adscribit Triboniano: tantò ineptius, quod Tribonianus minimè autor solet esse duriorum sententiarum, cui adeò potius temperamentum illud de condictione furtiva fuerit tribuendum: quod ipse movet Fab. *de decad.* 79. *err.* 2. Valde autem suaviter Fab. manum Triboniani arguit ex verbo, *possibile*: quasi non sæpè etiam verbo, *impossibile*, JCti nostri utantur. Deinde eo deceptum esse ait Tribonianum, quod *in pr. d. l.* 3. proponitur de furti actione danda contra uxorem ob furtum servi: quem casum Tribonianus similem esse putaverit duobus illis qui referuntur *in* §. 2. quasi verò non sint diversissimi illi casus, aut quasi tam rudis & imperitus fuit Tribonianus, ut non intellexerit, quod nec dupondius ignorat, actionem furti, quæ ex delicto servi contra dominum datur, non puram sed noxalem, eoq, nec pœnalem nec famosam esse. Talem quidem Tribonianum passim nobis depingit Fab. sed verendum est, ne illi ipsi rudes & imperiti sint, qui nihil nisi imperitiam & stultitiam Triboniani crepare solent.

VIII.

Hinc autem, quoniam hæc actio ex delicto est, solida sumitur ratio, propter quam in hæredes in solidum non datur, sed tantum quatenus ad eos pervenit.

Traditur hoc *in l. ult. C. rer. amot.* quem textum Fab. olim inepta interpretatione *lib.* 4. *coniect. c.* 1. corrupit, ut efficeret, hanc actionem in hæredes in solidum dari: à qua

à qua sententia postea recessit *decad. 80. error. 1.* sed ita ut errorem veterem novo & crassiori mutaret. Rationem autem veram esse puto, quam ostendit thesis, quoniam, juxta superius dicta nulla actio ex delicto, in hæredes in solidum datur: & jam disp. præced. probavimus, quod condictio furtiva ex delicto non sit: certissima autem ratione actio rerum amotarum ex delicto est: quoniam juxta *l. 1. & 2. rer. amot.* uxor vere furtum committit, cui prorsus competit definitio furti, sed in honorem matrimonij pœnalis & famosa actio non datur, sed actio rerum amot. quæ adeò non aliunde nisi ex huiusmodi facto, quod essentia sua furtum est, eoq; ex vero delicto descendere dici potest. Hinc qui mulieri res amoventi ope consilio adsunt, aut eum ea furantur, ipsi furti tenentur, itemq; si mulier furtum facientibus consilium vel opem præstat, ipsa rerum amotarum tenetur *l. si quis 52. in pr. §. 1. & 2. de furt.* ut appareat idem numero factum in aliis actione furti, in uxore actione rerum amot. vindicari, eoq; uxorem revera committere furtum; quia de causa d. loc. res subtrahi, & furtum fieri dicitur. Hinc *in l. si mulier. 25. inf.* traditur cessare hic exceptionem competentiæ, quoniam hæc causa pendeat ex furto: eodemq; pertinet, quod mulier furti tenetur, si res mariti eum penes alium essent, subtraxerit *l. si uxor. 28. rer. amot.* denique textus est *in l. pen. eod.* quod in veritate fiat furtum. Ex quibus solidè probatur, quod hæc actio rer. amot. verè sit ex delicto, & ex vero delicto: & simul ostenditur falsum & ineptum esse, quod Ant. Fab. scribit *decad 79. err. 2.* amotionem rerum, societatem vitæ & bonorum habere pro causa: quo quidem modo etiam furtum socii commodatarii, vel depositarii dicam habere causam contractum. Et prorsus ineptè adducitur, quod *l. 1. rer. amot.* de societate bonorum & vitæ traditur: quoniam illis verbis ratio redditur quare uxor cum sit socia divinæ & humanæ domus, non debeat teneri actione famosa: quamvis iste sit color potius quam veritas rei, siquidem jure nostro nulla prorsus bonorum communio inter conjuges intercedit. Sed quis miretur ita loqui Ant. Fabr. eum ille *decad. 78. error. 3.* quodammodo ex contractu actionem rerum amotarum descendere contendat, de quo dicemus th. seq. Prorsus si ita esset, tanto facilius deberet actio illi dari in hæredes in solidum: quod Fab. tamen non admittit: ideoq; cur in hæredem in solidum non detur hæc actio, novam confingit rationem, quod scilicet sit actio arbitraria *d. decad. 80. err. 1. decad. 92. error. 8.* Hoc quidem nullo modo probat: neq; enim, qua ratione utitur, quod in ea juratur in litem, idoneum satis argumentum præbet, cæteroquin omnes pene actiones bonæ fidei futuræ sint arbitrariæ: sed & admisso hoc, inepta consequentia est: actio est arbitraria: ergo non datur in hæredes in solidum; ita enim actio de eo, quod certo loco in hæredes in solidum dari non posset: & positis terminis habilibus actionis personalis ex conventione, ponetur etiam hoc, quod contra hæredes in solidum competat ut maximè actio arbitraria sit. Et inepta est ratio, quod ait A. Fab. virum bonum non arbitraturum, ut plus præstet hæres, quam ad eum pervenit, quia imò vir bonus judicabit secundum naturam actionis, cæteroquin vir bonus & judex non posset condemnare reum, & ejus hæredes in solidum, ubi ex causa contractuum bonæ fidei ob dolum defuncti conveniuntur. Sed pudet penè refutare has ineptias hominis, qui hoc unum agere videtur, ut iurisprudentiæ nostræ illudat, qui nec scribere veretur *dec. 76. err. 6.* hanc in genere esse rationem, cur actiones ex delicto non transeant in hæredes, quoniam sint arbitrariæ. Ita quidem omnes actiones pœnales mixtæ, omnes ex delicto persecutoriæ fuerint arbitrariæ actiones: quo nihil insanius dici potest. Porrò nec ex eo actiones arbitrariæ dicuntur, quod judici permissum sit

liberum

liberum arbitrium, sed quod arbitrium aliquod de restituendo, sententiam & condemnationem præcedat. Eiusdem vanitatis hæc Fabri ratio est, quod non sit æquum reum condemnari in plus, quàm ad eum pervenit, ex delicto quod ipso ignorante commissum est: vel quia nihil hoc facit, ut propterea hæc actio sit arbitraria, vel quia si hoc simpliciter attendatur, nec æquum videtur, ut hæredibus dolus defuncti in contractibus commissus imputetur: vel quia condictio furtiva, quam Ant. Fab. ex delicto esse ait, in hæredes in solidum datur: & ratio differentiæ, quam reddit quod condictio furtiva sit stricti juris, pariter inepta est: quoniam inde non efficitur, ut tanto magis hæres in solidum debeat teneri: neq; Ant. Fab. probavit, rerum amotarum actionem stricti juris non [illegible] quamvis propriè loquendo hæ qualitates, bonæ fidei & stricti juris, propriæ sint actionum ex conventione, nec nisi ineptè actionibus ex delicto accommodantur: aut præter rationem juris & usum, omnes omninò actiones, præter enumeratas in §. *actionum*. 28. *Instit. de action.* inter actiones stricti juris erunt referendæ, & ita per consequentiam istam Fabrilem, omnes in hæredes in solidum dabuntur.

IX.

Et hinc porrò, quoniam actio ex delicto est, non dabitur in patrem, nisi quantum ad eum pervenit, & peculium locupletius factum est.

Confirmatur ex iis, quæ diximus disp. præced. de condictione furtiva, quod ea in patrem datur, quatenus peculium est locupletius *ex l 3 §. pen. de pecul.* ut tantò minus actio rerum amotarum, quæ verè ex delicto est, in solidum & totum peculium competere queat: & est ad hoc textus expressus *in d. l. 3. §. pen. in fin.* ubi hæc in re actio rerum amotarum, & condictio furtiva comparantur: nugas etenim A. Fabri, qui totum illum locum Triboniano imputat, & erroris arguit, eâd. disp. præced. refutavimus. Atq; ita haud dubio accipienda est *l. 3. § ult. rer. amot.* quod hoc nomine in patrem actio de peculio detur, sc. ut intelligamus, dari quatenus in peculium pervenit. Sed Ant. Fab. contrario errore, qui condictionem furtivam de peculio in patrem prorsus negat, actionem rerum amotarum in patrem concedit, non tantum quatenus est locupletior, propter auctum peculium, sed in totum peculium. Et 1. *decad.* 78. *error.* 5. longè aliam rationem actionis rerum amot. & condictionis furtivæ esse scribit, quod causa furti sit pœnalis, non autem rerum amotarum. Verum hæc differentia nihil quicquam facit, ad tractationem de condictione furtiva, in patrem tantum; quatenus peculium locupletius est, concedenda, quoniam hactenus condictio furtiva nullo prorsus modo pœnalis est, non magis quam quæcunq; actio ex delicto, quatenus porrigitur in hæredem pro extorquendo injusto lucro: & jam ante probavimus, actionem rerum amor. magis esse ex delicto, quam condictionem furtivam, imò hanc ex delicto non esse. Et hæc est sententia *l. 3. §. ult. rer. amot.* quod vel in patrem detur actio de peculio, quatenus hoc locupletius est, vel in filiam directa actio rerum amotarum, quia displicuit eam furti obligari: quo modo trajectis verbis aut legendum est *in d. l. 3.* aut ita accipienda ratiocinatio Pauli. Vulgata enim lectio contorta est, dandam actionem de peculio, quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem; ex qua lectione ineptè ratiocinatur Fab. *d. error.* 5. ideò in patrem dari actionem de peculio, quia filia non committat furtum: nam imò verè committit furtum, sed furti non obligatur, ut in alio casu responsum est *in l. inter.* 46. *§. pen.*

46. §. *penult. de furtiv.* & prorsus illa ratio non efficit, ut propterea in totum peculium actio debeat dari: & male quis existimaverit, eo quod favore matrimonii actio furti negatur, patris conditionem debere esse deteriorem, utcunq; ita putet *Anton. Fab. dict. decad. 78. error. 7.* Sed audiamus rationes Fabri, quibus opinionem suam confirmare nititur. Prima est: Actio ex contractu datur in totum peculium: atquin actio hæc est ex contractu, ergo, &c. Resp. assumtum esse falsissimum, & tum contra certam rationem, tum textus ante citatos. Sed Fab. eam dupliciter confirmat 1. quia hæc actio causam habeat societatem conjugalem, neque proximam causam, amotionem, sed remotam & primam, illam videlicet societatem considerandam esse. Resp. præterquam quod hoc de [illegible]enda causa prima non sit perpetuum, id utique tum demum procedere, u[illegible]ausa secunda & proxima dependentiam habet à prima, & ubi causa una ad alteram est directa & ord nata. Atquin matrimonium & societas vitæ hoc quidem facit, ut ne detur actio famosa, sed ea societas remotissima est ab ipsa amotione, & nullo modo hujus causa efficiens dici potest: cæteroquin ut antea notatum, pluribus casibus actio furti dicenda esset oriri ex contractu. Alteram probationem minoris sumit Ant. Fab. *ex l. si rerum 52. de re judic.* ubi JCtus ait, quod actio rer. amotat. videatur societatis præcedentis causam habere, & oriri ex malè contractu. Respond. quod ibi verbum *causa* abusivè & speciali quodam significatu usurpetur, non quod societas sit causa efficiens furti & amotionis. quod dictu absurdum esset, sed quod hæc actio inter illos detur, inter quos fuit societas vitæ: quæ facit, ut ex causa contractuum conjux teneatur conjugi non nisi in quantum facere potest: itaque omnes contractus juxta eum textum dicuntur habere causam illam societatem, cum tamen constet, matrimonium illorum contractuum causam non esse, tantum abest, ut possit esse causa amotionis & furti: unde ibidem JCtus conjugem conventum actione rerum amot. in solidum damnari tradit: sed neq; dubium est, quin ibi verbum videri, sit nota improprietatis. Porrò nec ex contractu nasci eam actionem ibi ait JCtus, sed ex malo contractu, ita ut mox hoc explicet de delicto: nam Epitheton hoc, *malus*, adversatur adjuncto suo contractui, neque enim usquam legemus contractum malum dici: nisi quis existimet, contractum eo sensu appellari, quo Aristot 5. Ethic. delicta appellat synallagmata. Omnino nonnisi abusivè ex contractu eam actionem dici posse, adeò manifestum est, ut si JCtus expresse hoc dixisset, erroris illum arguere, & censoriam in eum virgulam usurpare non dubitarem. Sed cum id non dicat, verum locus ille commodam recipiat explicationem, & ab aliis textibus interpretationem passivam, extremæ aut inscitiæ, aut malitiæ, quin imò dementiæ est, hujusmodi textibus ad monstrosas opiniones, contra rationem & expressas leges, introducendas abuti. Et hinc apparet, quam egregiè sc. concludat Fab. quoniam de condictione furtiva nusquam dicatur, quod sit ex malo contractu, ideò eam in patrem de peculio nullo modo, sed actionem rerum amot[illegible]um in solidum peculium contra patrem dari: valde nimirum acutum & lynceum esse oportet, qui in hac collectione medium terminum deprehendet. Hæc de prima ratione. Altera principalis ratio Fabri est, qua *decad. 78. err. 6.* & sæpius hoc tract utitur: patrem ideò conveniri in totum peculium, quoniam ipsi imputari possit culpa delicti & amotionis, quod consenserit nuptiis filiæ, & eam nuptum elocaverit. Jam verò credo, quod non ab uno accepi, qui ab ipso Fabro, eiusve familiaribus se habere profitebantur, gloriari solere Fabrum, se ab aliis laboribus Senatoriis vacuum laxandi, quasi animi causa, & ita sc. tanquam per ludum & jocum commentaria sua scribere solere. Quid enim potest fingi magis ineptum aut absurdum? Pater

cogitur

cogitur ex ratione juris conditionem quærere filiæ, eamque viro nuptum dare *l. sciendum. 19. de rit. nupt.* & quisquam sit tam vacui capitis, ut affirmare ausit, patrem præbere causam furto, quod postea filia in matrimonio commisit? Nemo in dupondio hæc ferat: longè rectius, quod Cuiacius in quendam, torqueatur in Fabrum: opus homini esse castigatione, cum superdicto, *μὴ κακίζειν τὴν νομικήν*. Sed nondum finis est ineptiarum: nam dict. cap. 7. sine ulla ratione contendit, quod repugnet rationi, ut actio de peculio tantum detur id quod pervenit: etenim respondimus disput. præced. quod hæc actio ita ut detur ex æquitate & in subsidium, ut injustum lucrum patri extorqueatur: ut tamen rectè dicatur de peculio, quoniam quod ad patrem pervenit, in peculio est, unde *in l pen. de condict. furtiv.* in peculium condictio dicitur, ut fortassis non usque adeò ineptè à Cujac. *in l. 5. rer. amot. ad libr. 12. quæst. Papin.* actio utilis appelletur: quam Cujac. sententiam jejunissimis ratiunculis impugnat Fab. 1. quod nullibi fiat mentio hujus utilis actionis. Resp. sufficere nobis rationem desumtam ex natura actionum utilium: cum præsertim in omni genere actionum utilis & directa reperiatur: & præstat ita distinguere hic quoque, quam violentas manus textibus iuris inferre. 2. quod actio de peculio sit prætoria, edicti autem verba tam latè pateant, ut non sit opus utili actione. Resp. perspicuè falsum esse, quod nullæ sint actiones utiles prætoriæ, nec ipse Fab. hoc negare audet, sed rariores esse ait: utique proponitur *in l. 5.* actio utilis rerum amot. quæ iudice Fabro prætoria est. 3. quod actio utilis æquè sit plena ac directa. Resp. hoc si generaliter, & in universum accipiatur, prorsus falsum esse: & cum actio de qua quærimus, ex delicto descendat aut persequatur id, quod ex delicto abest, non potest æquè plena esse, ac illa, quæ est ex contractu. 4. quod *in l. 5. rer. amot.* non agatur de actione utili de peculio, sed de actione utili rer. amot. Resp. simpliciter fieri mentionem utilis judicii, & ubi filia peculium habet, parum interest, an dicamus agi in patrem utili iudicio rerum amot. an de peculio: & falsum est, quod inter hæc duo nulla sit communio, quoniam de peculio non significat separatam, & per se existentem actionem, quod absurdè prorsus *d. c. 7. decad. 78.* affirmat Fab. (neque nimis absurdè ibidem actionem de peculio vocat conditionem,) sed tantum denotat qualitatem & adjectionem actionis rerum amot. 5. quod ex sententia Cuiacii plenior sit futura actio utilis quàm directa si minus sit in peculio, quàm ad patrem pervenit. Resp. quod ego vel hoc non capiam, vel inepta prorsus sit obiectio: quoniam quicquid ex furto filiæ ad patrem pervenit, quoad effectum movendæ huius actionis utilis, in peculio esse censetur: sicut quicquid pater filio debet naturaliter, in peculio esse intelligitur, ubi tractatur de movenda actione directa.

X.

Hæc actio rerum amot. non ineptè ac absurde dicitur esse condictio.

Hæc quoque thesis ponenda fuit pro asserendo iure nostro contra temeratorem Fabrum, qui contra quam expressè scriptum est à Caio *in l. rerum 26. rerum amot.* quod scilicet rerum amot. actio condictio sit, præfractè contendit *decad. 79. err. suorum c. 7. & seqq.* hanc actionem condictionem non esse. Cur autem rectè condictio dicatur, non una ratio afferri potest: & hoc concurrit 1. magna affinitas huius actionis & condictionis furtivæ: quoniam datur itidem domino, est personalis, rei persecutoria,

cutoria, perpetua, & in ea, ut in condictione furtiva crescit æstimatio *l. pen. rer. amot.* ut nulla prorsus ratio dari queat, quamobrem actio rer. amot. condictionis nomine indignari non debeat: præsertim quod non videatur habere nomen proprium, cum verba, *rerum amotarum*, ipsum delictum potius & factum, quam nomen actionis designare videatur. Deinde cum actio rer. amot. re vera quidem ex delicto sit neque tamen infamet, imitatur hac in re naturam condictionum, quæ licet ex famosis causis pendeant, ex iis tamen damnatum infamia non sequitur *l. cessat. 36. de O. & A.* quam etiam rationem appellationis notavit Accurs. sed putidè prorsus impugnavit Faber: perinde enim hic erit, ac si alius, in quem delictū commissum est, mitius agere volens, ex pœnali causa condicat. 3. præter *d. l. 26. rer. amot.* text. *in l. pen. de condict. furtiv.* ubi condictio, quæ datur, utique est ex causa rerum amotarum, & quævis probabilis saltem ratio vel color admittendus est, potius quàm ut feramus tam impudentem rationem tractandi juris, per quam constantissimè hactenus recepta, nullius exemplaris lectione variante, convellamus, & cum Ant. Fabro addita negatione, *in d. l. 26.* legamus: *rerum amotarum actio, condictio non est* tantò minus, quod rationes Fabri prorsus sunt imbelles. quarum præcipuas in formam redactas, hic paucis refutabimus. Prima ratio est. Nulla condictio est prætoria: atqui actio rerum amot. est prætoria, ergo non est condictio. Resp. assumtionem esse dubiam, quod moribus potius receptum videatur, ut actio reum amot. detur in uxorem: neque novum est, ut actiones etiam civiles, acceptæ referantur prætori, qui actiones omnes dare solebat; & ipse Fab. in tract. de condict. certi passim condictionem eam edicto prætoris propositam fuisse tradit. Sed & major multò magis dubia est, cum & veteres condictionem triticiariam, & *Hottom. in §. sic itaque 14. Instit. de act.* condictionem furtivam prætoriam esse putent: quia ipse *Fab. dec. 79. error. 2.* actionem de peculio, quæ sine dubio prætoria est, condictionem appellat: certè nulla apparet solida consequentiæ ratio. Altera ratio est. Omnis condictio est stricti juris: actio rerum amot. non est stricti juris, ergo est condictio. Resp. actiones ex delicto, nec bonæ fidei, nec stricti juris recte dici, & ineptus sit, qui actionem rer. amot. bonæ fidei esse dixerit: sed & condictiones quædam, ut forte non sint proprie bonæ fidei actiones, tamen prope eas sunt *arg. l. hac condictio 66. de condict. indeb.* Tertia ratio: Nulla condictio est arbitraria: actio rerum amot. est arbitraria, ergo, &c. Resp. nullam rationem esse majoris, utique actio de eo quod cert. loc. & arbitraria, & condictio est: minor autem prorsus falsa est. Quarta ratio. In nulla condictione juratur in litem. In actione rerum amot. juratur in litem *l. 8. rer. amot.* ergo, &c. Resp. nullam esse rationem majoris: utique in actione ex stipulatu, quæ condictio est in litem jurari docet *l. in actionibus. 5. §. ult. de in lit. jur.* quod si replices, hoc non ordinarium esse, *per l. 5. eod. tit.* neque juramentum illud in litem affectionis, sed veritatis, ut vel Anton. Fab. mavult, necessitatis esse: duplicabo, majorem obtinere in condictionibus ordinariis, quæ dantur non domino contra dominū, non autem in irregularibus quæ dominis dantur: in quo genere condictionum propositionis falsitas manifesto ostenditur, quod in condictione furtiva in litem jurari verius est, his rationibus. 1. quia non actio furti, sed condictio furtiva competit iure dominii, illa autem jure eius quod interest: neque videtur hac in re solida differentiæ ratio reddi posse inter actionem rer. amot. & condictionem furtivam. Hinc facit 2. quod præcipua ratio deferendi juramenti in litem, est dominii jus, ne quis rem suam invitus vendere teneatur, ut ostendit textus *in l. non enim 9. rer. amot. l. si filiofam. 25. § 1. solut. matrim. l. nec quasi 70. cum l. seq. de rei vindic. l. 8. de in lit. jurand.* quæ ratio prorsus

mili-

militat in condictione furtiva. Hinc 3. quoniam non potest iurari in litem, ubi reus contumax est, & dolum commisit in non restituendo rem, quod iam dicti textus ostendunt: in actione autem furti agitur ad meram pœnam, non ad restitutionem rei, cuius adeò nec contumacia hac in re argui potest. 4. facit huc textus non obscurus *in l. furt. 50. in pr. de furt.* ubi dicitur in actione furti duplari vel quadruplari verum rei precium: atquin actor iuramento suo pro arbitrio rem æstimat. Et ineptus est *Fab. decis. 92. error. 8.* ubi distinguit inter precium iustum & verum: ubi illud præstandum venit, non iurari in litem, sed bene iurari, ubi hoc debetur, quoniam verum sit precium quod æstimatur per iuramentum. Etenim hoc falsum est, aut ego eâd. ratione iustum precium esse defendam: neque obscura est sententia *d. l. 50 de furt.* quod scilicet non quadrupletur, quod quis interesse sua dixerit, vel ex affectione sua tanti rem esse prætenderit, sed quanti revera res est, suo videlicet precio, ut loquitur JCtus *in l. 9. rer. amot.* eoq; pertinet, quod *d. l. 50.* dicitur, re peremta quadruplari, quanti res fuit tempore furti commissi, vel quo preciosior fuit, quoniam fur continuatam contrectationem facere intelligitur: æstimacio autem per iuramentum ad nullum certum tempus refertur, sed libero actoris permittitur arbitrio. Ex quo, ut obiter hoc addam, confirmatur, quod diximus disput. præced. in condictione furtiva æstimari rem, quanti unquam plurimi fuit à tempore commissi delicti, cuius cum ibi mentio fiat, non potest hic locum reperire interpretatio Fabri, ut intelligamus solum tempus, quod à lite contest. usque ad sententiam decurrit. Plane si in actione furti, quod Fab. vult, iuraretur in litem actor etiã septulum, & amplius veri precii consequi posset, quod & iniquum fuerit & absurdum: falsum autem illud Anton. Fab. *d. dec 92. err. 8.* in actione furti non nisi per iuramentum in litem rem æstimari posse. Et de condictione furtiva accipi potest non absurdè *l. cum furti 9. de in lit. iur.* Sicut & vulgo quod scriptum est *in l. si is 71. in pr. de furt.* actionem furti & commodati sese invicem consumere, de condictione furtiva replicari solet: nisi quis forte *d. l. 9. in lit. iurand.* referri velit ad casum necessitatis, & iuramentum in litem veritatis, quæ videtur esse sententia Dd. ibid. et tamen inde inferri non possit, quod propterea in condictione furtiva iuramento in litem nullus sit relictus locus. Quinta ratio Fabri, cur actio rerum amot. non sit condictio, hæc est: quoniam in ea non intendatur rem dari oportere. Respond. hoc nusquam probari, & verosimile esse, quod hac in re idem observatum fuerit in actione rerum amot. & condictione furtiva. Sexta ratio, quod actio rerum amotarum non tantum domino detur, sed etiam ei cuius interest *per l si concubina. 17 §. ult rer. amot.* Respond. vel quod nec condictio furtiva detur soli domino, ut probatum disp. præced. vel potius, quod actio rerum amot. mixtam habet naturam. Etenim ubi alius furtum fecit, duplex est actio furti pœnalis & condictio furtiva, sed ubi uxor res subtraxit, unica tantum actio est, rerum amot quæ duplicis illius actionis vice fungitur: eoque necessum fuit etiam ad res, quarum dominium non habet, sed quas salvas esse ipsius intererat, cessante quippe actione furti, actionem hanc rerum amot. accommodare: itaque licet concedamus hactenus actionem rerum amot. non sapere naturam condictionis, quatenus datur ei cuius interest, satis tamen recte respectu eo quo domino datur, qui principalis est, condictio appellabitur. Septima ratio Fabri colligitur *ex l si concubina. 17. § pen. & ult. cum l. seq. l. 24. & 25. rerum amot.* quibus locis cum actio rerum amot. aliis condictionibus opponatur, consequenter ipsa condictio non esse videtur. Resp. esse fallaciam homonymiæ, quoniam quod certæ quædam condictionum species opponantur actioni rerum amot. inde ad prorsus negandum

genus condictionis de actione rer. amot. malè infertur. 8. Anton. Fab. *decad.* 79 *err.* 2. *in fin.* vel maximè putat patrocinari sententiæ suæ textum *in l. si quis* 52. *in pr.* & 5. 1. *de furt.* ubi mulier quæ furi opem tulit, tenetur rerum amot. ex quo colligit Anton. Fab. eam non esse condictionem, quoniam quæ opem tulit, non teneatur condictione furtivi. Respond. 1. ineptam esse consequentiam: actio rerum amot. non est condictio furtiva, ergo non est condictio. 2. falsum est, quod in eum qui opem tulit, non fit condictio furtiva *per. l. sæpe.* 53. §. 1. *de V. S.* & probatum est ad Treutler. *p.* 2. *disput. de furtiv. thes.* 3. Porrò etiam admisso eo, quod vult Fab. nihil objectio ea facit, quoniam condictio in eum tantum datur, ad quem res pervenit, furti autem actione tenetur etiam, cujus ope consilio furtum factum est, licet hoc perspicuo errore ibidem neget Fab. eoque mulier, quæ opem consilium tulit, cessante actione furti, necessariò tenebitur actione rer. amot. & jam supra diximus, quod actio rer. amot. utriusque actionis, furti & condictionis furtivæ locum tuetur. Et igitur explosis rationibus Anton. Fabr. statuamus, actionem hanc esse condictionem, cum Cajo *in l. rerum.* 26. *err. amot.* & Juliano *in l. pen. de condict. furt.* quæ ita perspicua est, ut Antonium Fabrum valdè ægregiè habuerit, ut ipso profitetur *decad.* 78 *err.* 8. *in fin.* ait ibi JCtus, quod ex persona filiæ, quæ res amovit, detur in patrem condictio in peculium. Cum autem, de peculio fit tantum qualitas actionis alterius, & ex causa rerum amot. condictio sibi dari dicatur, consequens est, ut actio rerum amot. sit condictio: idque evidentius fit ex collatione *l.* 3. §. *ult. rer. amot.* Verum Anton. Fab. *decad.* 79. *err.* 9. Julianum censet à cæteris JCtis dissensisse: & ne fateri eogatur, quod Julianus rerum amotarum actionem dixerit condictionem, quod ipse rationi juris & textibus repugnare, sed falso contendit, fingit Julianum non in eo dissensisse, quod existimaverit, actionem rerum amotarum condictionem esse, sed quod putaverit, si filia quid amovisset, nullo modo in patrem agi posse de peculio, quoniam actio esset ex delicto: alios autem quorum mentio *in l.* 3. §. *ult. rer. amot.* contra sensisse: & de solido peculio in patrem actionem dedisse, quoniam existimaverint actionem rer. amot. esse ex contractu. Sed 1. velim, audire rationem quæ nos cogat accipere *d. l.* 3. § *ult.* de actione peculii in solidum: & 2. quæ amplius ratio cogat *d. l. pen.* accipere de alia actione, quam de peculio, & 3. quare nulla possit dici actio de peculio, in quantum locupletius factum est: & inde 4. cum, in his omnibus nulla solida ratio reddi possit, cur non ex textibus textus potius explicemus, quam ut dissensiones & contradictiones & Triboniani errores, & id genus monstra confingamus. Sed 5. illud magis falsum est, quod hi quorum mentio est *in d. l.* 3. §. *ult. rer. amot.* crediderint actionem hanc esse ex contractu, falsum est, quod ea opinio unquam ulli JCtorum, quinimò ulli homini sanæ mentis venerit in mentem: nam quod attinet *ad l.* 52. *de re iudic.* de ea ante egimus, & actionem istam ex vero delicto, nullo modo autem ex contractu esse ostendimus: tantum abest ut ullius JCtus, ex ea causa actionem in solidum peculium dederit: cum præsertim nec hæres in solidum hic teneatur. Et hinc 6. ratio Fabri: Est ex delicto, ergo non datur in patrem de peculio: procedit in actione directa de peculio, quæ solidum peculium persequitur: non autem in ea, quæ competit, in quantum est in peculio ex delicto admisso. Verum, quia ita nondum satisfactū est ratiocinationi nostræ, desumtæ *ex d. l. pen. de cond. furt.* ideò Anton. Fab. negat ibi intelligi actionem rerum amot. de peculio, sed confingit quandam condictionem generalissimam, de qua *in d. l. pen.* tractet Julianus, itaque singulariter observandum putat, quod Julianus non dicat condictionem *de peculio*, sed *in peculium*. Verùm, quis credat, & ita dissensisse à cæteris Julianum, & in nudis nominibus,

minibus ludere voluisse, ut juxta sententiam Fabri, & directam & utilem actionem de peculio in patrem negaret, & tamen concederet condictionem in peculium: cum præsertim juxta Fabrum alia hinc sequatur dissensio, quod illi quorum mentio *in l. 3. rerum amot.* dederint actionem in totum peculium. Julianus tantum in id, quod pervenit. Est enim hæc necessaria consequentia, quoniam fieri non potest, ut condictio illa, quam fingit Fab. detur, ultra quam pervenit, *per text. in l. 6. & 25. rer. amot.* ubi condictio datur ex æquitate in id, quod quis ex injusta causa possidet: ideoque Fab. cogitur & hanc admittere dissensionem, & ne sibi ipsi contradicat, qui supra disputavit actionem ex causa rerum amotarum in solidum peculium dari, cum tamen condictio de qua *in d. l. pen.* detur, in quantum pervenit, respondere cogitur ut diximus, aliud esse condictionem de peculio, aliud in peculium. Fidem tuam aut frontem potius appello Faber, putasne tibi cum fungis rem esse, quibus istas nugas persuadeas & obtrudas: cum præsertim ita videri possit loquutus Julianus, quoniam actio de peculio ordinaria directa ex contractu datur de solido peculio, hæc autem, sive eam actionem utilem de peculio, sive condictionem de peculio, aut in peculium appellare velis, saltem quantum locupletius factum est. Et si intellexisset Julianus condictionem aliquam generalem, frustra adjecisset verba *in peculium*: quoniam licet nullum peculium sit condictioni tamen ex injusta causa futurus esset locus. Prorsus ubi filia peculium habet si igitur, in peculium vel de peculio agi oportet, ut auferatur iniquum lucrum, quod *in d. l. pen.* notavit Accurs. quoniam actiones ex delicto ante condemnationem in solidum peculium contra patrem agi non potest: cum & ipse Faber, ut relatum est disputat. præced. hac ratione condictionem furtivam in patrem neget. Vides ex his optime lector, quam tibi quam nobis omnibus, imò quam ipsi Jurisprudentiæ illudat Anton. Fab. qui dum hoc unicum agit, ut novas opiniones introducat, omnia vetera convellat, dum præcisè condictionem furtivam de peculio in patrem negat, & ex adverso contra omnem rationem actionem rerum amot. in solidum peculium dari contendit, eam ex contractu, ex societate vitæ patris culpa concurrente nasci asserit, cœlum terræ miscet, omnia confundit textus juris, ipsam rationem evertit, Tribonianum perpetuò inscitiæ & crassæ imperitiæ juris rerum facit, ipsos JCtos inter se committit. Et vereor, ne in confutandis istis ineptiis malè aliquibus operam collocasse videar: sed ea fortuna hominis illius fuit, ut ab eo dicto tanquam ex tripode profecta à quibusdam accipiantur, ut etiam sit qui scribat illum esse, in quo natura ostendere voluerit, qui extremum in Jurisprudentia esset: rectius dixisset extremum, quo impudentia possit evadere: hanc videlicet & temeritatem ejus accuso, neque libido insectandi & detrahendi ad hæc scribenda me impedit, sed amor, sed pietas erga Jurisprudentiam, quam si ita tractatur, amisimus: quid enim unquam certi esse poterit, si ita grassari permittitur: quod enim cuiquam licet, id cuivis licet. Sed & qui Doctores & Interpretes, quà veteres quà recentiores licentiosissimè & inique traducit, æquissimam idem talionis legem meritò patietur, ex edicto *quod quisque iuris in alium statuerit, &c.*

XI.

Cum autem hactenus probaverimus, actionem hanc rerum amotarum re vera ex delicto furti esse, infertur inde, eam quoque aliquo modo esse turpem, & utcunque non

infamet, tamen famam uxoris aliquatenus lædere & sugil-lare.

Nondum nos dimittit Anton. Fab. & hanc quoque thesin ei dare necesse habuimus. Veritas istius assertionis ex præcedd. probatur, quod scilicet uxor vere furtum committit, eoque actio hæc in rei veritate arguit furtum, nisi quod in bon[illegible] præcedentis matrimonii, nec pœna nec vera infamia uxori irrogatur: adeoque [illegible] intelligit hanc actionem citra notam quandam & maculam non intentari. Et ve[illegible] si condictio furtiva contra ipsum furem intentata turpis est ut fatetur *Anton. Fab. de[cad].* 82. *error.* 9. quæ tamen re vera ex delicto non est, etiam & tantò magis turpis est a-ctio rerum amot. ut prorsus falsum sit, quod idem *decad.* 79. *error.* 2. *in fin.* eam condictione furtiva longè minorem & *ead. decad. error.* 9. nullo modo turpem, [illegible] modo sugillare famam contendit. Et quid facias homini, qui etiam meridiana [lu]ce clariora negat, & ratiunculis commentitiis levissimisque ipsi veritati bellum in-cere, & apertis textibus juris medium ostendere digitum, & ut ille apud Apuleium [a]it, quasi laqueum minari non veretur. Et accipe quæso lector, rationes eius [quibus] utitur *d. decad.* 79. *error.* 9. Ait, quod hæc actio habeat nomen honestum. R[esp.] quod res ipsa sit potentior nomine, vel potius quod hoc prorsus falsum sit, q[uoniam] amovere re ipsa hic est subtrahere & furari: aut si urgeas, fatebor esse honestum [si] conferatur cum actione furti, quæ pœnalis est, & famosa, minimè autem honestum si simpliciter consideretur: utique enim denotat factum inhonestum, quod fit d[olo] & lucri faciendi causa. Et ineptè pro confirmanda sententia sua adducit *l. si servum* 71. *§ pen. & ult. de acquir. hæred.* etenim ibi disertè probatur, eum amovere [qui] dolo malo aliquid ex hæreditate aufert: quamvis aliâs utcunque verbum. *am[o]v[ere]* forte alio sensu alibi accipiatur, hic utique factum turpe significari, res ita loquitur, quippe amotionem & subtractionem rerum mariti, divortii causa & clanculum & consequenter necessariò animo fraudulento, quod perabsurdè negat Fab. & [i]dem perabsurdè affirmat, hoc verbum nec re ipsa nec sono nominis esse inhonestum. Be-ne autem confirmatur thesis à contrario sensu *ex l.* 2. *C. de rer. amot.* ubi rescriptum est, actionem rerum amotarum soluto demum matrimonio dari, quoniam actio nec pœnalis nec famosa constante matrimonio detur: ex quo sane efficitur, actionem [i]stam aliquo modo esse turpem, & licet non infamet, tamen honorem & famam rei conventu aliquo modo sugillare. Quinimò istud penè directò ex eo textu con[clu]ditur: quoniam ibi constante matrimonio negatur actio rer. amot. sed actio in [factum] datur, ne scilicet ulla labe pudoris afficiatur uxor: velut ex hac caussa contra [a]l[um]num & patronum, qui dolum admiserunt, actio in factum subsidiaria datur [illegible] si vero actio rerum amot. nullo prorsus modo, ut vult Anton. Fab. læderet hono[rem] utique nihil prohiberet, eam constante matrimonio dari. Ad hanc rationem urge[n]tem sane & validam nihil habet, quod respondeat Fab. *d. decad.* 81 *error.* 8. sed ut e[lu]dat, imò saltem ut illudat lectori, conatur invertere imò evertere, rationem Imp[era]torum *in d. l.* 1. quasi eò pertineat, ut ostendat, quare non detur matrimonio [s]o[lut]o turpis actio. Etenim præterquam, quod hoc nihil ad rhombum, nimis istud subtile an potius futile est: & utique apparet Impp. consultos fuisse: an rerum amotarum a-ctio daretur constante matrimonio: quod illi ex ratione jam dicta negant, & actionem in factum subsidiariam concedunt, & imò contra quam putat Fab. soluto matrimonio turpem actionem contra uxorem admittunt: quod tanto minus absurdi habet, [illegible]

quod

quod post divortium coniuges cēsentur inimici, quod ipse notat Ant. Fab. *dec.* 81. *err.* 5. tum quod etiam constante matrimonio in uxorem datur actio pœnalis L. Aquil. *l. si servus* 27. §. *si cum maritus* 30 *ad L. Aquil.* quāvis Accursius dictā pœnalitate actionem ibi competere putet: tum verò præcipuè (actio enim L. Aquil. non est famosa, & etiam propter culpam datur) quod actio etiam servi corrupti etiam constante matrimonio in uxorem datur *l. ult. de serv. corrupt.* (de quibus textibus & casibus multa negatur Ant. Fab. *decad* 82. *err.* 1 & 2.) & quamvis favore nuptiarum detur in simplū, & ita instar condictionis ne infamet *d. l. ult.* tamen cum corruptio servi non fiat sine dolo, & actio ea de servo corrupto natura sua turpis sit *l. nec quicquam. 56 pro socio. l. 5. §. cum l. seq. de obseq. præst.* fieri non potest, ut illa actio utcunq; in simplum, non subjiciet famam uxoris. Nam quod Faber tentat *d. decad.* 81. *in fin. quod d. l. ult.* ita accipienda sit ut teneatur quidem statim uxor, sed actio demum soluto matrimonio exerceatur, prorsus improbabile est, & ineptum facit JCtum, cum nec dubitari possit, quin à tempore commissi delicti nascatur obligatio: & ipsa verba JCti *dari actionem*, Fabri idem interpretationem satis convellunt: quamvis etiam ea admissa, hoc tamen perpetuò maneat actionem aliquam turpem contra uxorem dari: nam & *in d. l. 2. C. rerum amot.* de actione soluto matrimonio danda tractatur: cæterum *cum d. l. ult.* satis expressè probet, eam actionem constante matrimonio dari, tantò minus mirandum est, actionem rerum amot. quæ soluto matrimonio datur, aliquo modo perbibere turpem: quinimò colligere hinc licet actionem rerum amotarum, quæ in simplum constante matrimonio non datur, turpiorem esse actione de servo corrupto, quæ cōstante matrimonio in simplum locum habet: quoniam scilicet furtum turpissimum est delictum, quod commissum in rei veritate arguit rerum amot. eoque Impp. *in d. l. 2. C rerum amot.* negata ea actione, subsidiariam in factum tribuunt. Ubi iterum videsis intemperiem hominis, qui negat ullam actionem in factum subsidiariam esse actioni rerum amot. tum quia nulla eius mentio fit sub tit. rerum amot. tum quia constante matrimonio fit locus condictioni sine causa *l. rerum.* 25. §. *rerum amot.* Resp. tum quod satis sit, si proponatur *in d. l. 2 C. rerum. amot.* tum quod condictio illa, quæ proponitur *in d. l. 25. rerum amot.* sit extraordinaria & degenerans iuxta notata *disp. præced th.* 10. ut nec absurdum sit, si condictio illa actio in factum dicatur, vel utriusque illius actionis concursus admittatur. Ideoque non constat, quod 3. obiicit Fab. ubi competit actio civilis, non recurri ad actionem in factum, quia ipsa condictio, quæ hic competit est extraordinaria & irregularis. Unde nec obstat, quod 4 instat Faber, si locus fuisset actioni in factum, non opus fuisse judicio rerum amotarum: vel quia illa actio in factum est subsidiaria actioni rerum amotarum: vel quia eadem ratione dicerem sufficere condictionem sine causa potuisse ad excludendam actionem rerum amotarum. Sed nimirum ut jam sæpe diximus, cum uxor vere furtum committat, nec voluerunt nec debuerunt prætores, vel JCti prorsus negare actionem ex delicto, sed soluto matrimonio eam concesserunt, & interim actionem in factum vel condictionem, ne injuria fieret marito, qui divertere nollet, constante matrimonio concesserunt, contra illam actionem in factum, quā constante matrimonio proponunt Impp. *in d. l.* 2. ita disputat. Ant. Fab ut dicat nullam actionem inter conjuges constante matrimonio jure nostro institui posse. Sed præterquam, quod perpetuò regeritur illud de condictione sine causa ex *d. l. 25. rer. amot.* plurimi sunt textus, quibus assertio illa Fabri manifesti erroris cōvincitur: sed audiamus suavissimas rationes, quas proponit Fab. Ait 1. quod procul dubio in edicto, *de in ius voc.* facta fuisset mentio coniugū, si interc

à qua sententia postea recessit *decad.* 80. *error.* 1. sed ita ut errorem veterem novo & crassiori mutaret. Rationem autem veram esse puto, quam ostendit thesis, quoniam, juxta superius dicta nulla actio ex delicto, in hæredes in solidum datur: & jam disp. præced. probavimus, quod condictio furtiva ex delicto non sit: certissima autem ratione actio rerum amotarum ex delicto est: quoniam juxta *l.* 1. & 2. *rer. amot.* uxor verè furtum committit, cui prorsus competit definitio furti, sed in honorem matrimonij pœnalis & famosa actio non datur, sed actio rerum amot. quæ adeò non aliunde nisi ex huiusmodi facto, quod essentia sua furtum est, eoq; ex vero delicto descendere dici potest. Hinc qui mulieri res amoventi ope consilio adsunt, aut cum ea furantur, ipsi furti tenentur, itemq; si mulier furtum facientibus consilium vel opem præstat, ipsa rerum amotarum tenetur *l. si quis* 52. *in pr.* §. 1. & 2. *de furt.* ut appareat idem numero factum in aliis actione furti, in uxore actione rerum amot. vindicari, eoq; uxorem revera committere furtum: quia de causa d. loc. res subtrahi, & furtum fieri dicitur. Hine *in l. si mulier.* 25. *inf.* traditur cessare hic exceptionem competentiæ, quoniam hæc causa pendeat ex furto: eodemq; pertinet, quod mulier furti tenetur, si res mariti eum penes alium essent, subtraxerit *l. si uxor.* 28. *rer. amot.* denique textus est *in l. pen. eod.* quod in veritate fiat furtum. Ex quibus solidè probatur, quod hæc actio rer. amot. verè sit ex delicto, & ex vero delicto: & simul ostenditur falsum & ineptum esse, quod Ant. Fab. scribit *decad* 79. *err.* 2. amotionem rerum, societatem vitæ & bonorum habere pro causa: quo quidem modo etiam furtum socii commodatarii, vel depositarii dicam habere causam contractum. Et prorsus ineptè adducitur, quod *l.* 1. *rer. amot.* de societate bonorum & vitæ traditur: quoniam illis verbis ratio redditur quare uxor eum sit socia divinæ & humanæ domus, non debeat teneri actione famosa: quamvis iste sit color potius quam veritas rei, siquidem jure nostro nulla prorsus bonorum communio inter conjuges intercedit. Sed quis miretur ita loqui Ant. Fabr. eum ille *decad.* 78. *error.* 3. quodammodo ex contractu actionem rerum amotarum descendere contendat, de quo dicemus th. seq. Prorsus si ita esset, tanto facilius deberet actio illa dari in hæredes in solidum: quod Fab. tamen non admittit: ideoq; cur in hæredem in solidum non detur hæc actio, novam confingit rationem, quod scilicet sit actio arbitraria *d. decad.* 80. *err.* 1. *decad.* 92. *error.* 8. Hoc quidem nullo modo probat: neq; enim, qua ratione utitur, quod in ea juratur in litem, idoneum satis argumentum præbet, cæteroquin omnes pene actiones bonæ fidei futuræ sint arbitrariæ: sed & admisso hoc, inepta consequentia est: actio est arbitraria: ergo non datur in hæredes in solidum: ita enim actio de eo, quod certo loco in hæredes in solidum dari non posset: & positis terminis habilibus actionis personalis ex conventione, ponetur etiam hoc, quod contra hæredes in solidum competat ut maximè actio arbitraria sit. Et inepta est ratio, quod ait A. Fab. virum bonum non arbitraturum, ut plus præstet hæres, quam ad eum pervenit, quia imò vir bonus judicabit secundum naturam actionis, cæteroquin vir bonus & judex non posset condemnare reum, & ejus hæredes in solidum, ubi ex causa contractuum bonæ fidei ob dolum defuncti conveniuntur. Sed pudet penè refutare has ineptias hominis, qui hoc unum agere videtur, ut iurisprudentiæ nostræ illudat, qui nec scribere veretur *dec.* 76. *err.* 6. hanc in genere esse rationem, cur actiones ex delicto non transeant in hæredes, quoniam sint arbitrariæ. Ita quidem omnes actiones pœnales mixtæ, omnes ex delicto persecutoriæ fuerint arbitrariæ actiones: quo nihil insanius dici potest. Porrò nec ex eo actiones arbitrariæ dicuntur, quod judici permissum sit liberum

liberum arbitrium, sed quod arbitrium aliquod de restituendo, sententiam & condemnationem præcedat. Eiusdem vanitatis hæc Fabri ratio est, quod non sit æquum reum condemnari in plus, quàm ad eum pervenit, ex delicto quod ipso ignorante commissum est: vel quia nihil hoc facit, ut propterea hæc actio sit arbitraria, vel quia si hoc simpliciter attendatur, nec æquum videtur, ut hæredibus dolus defuncti in contractibus commissus imputetur: vel quia condictio furtiva, quam Ant. Fab. ex delicto esse ait, in hæredes in solidum datur: & ratio differentiæ, quam reddit quod condictio furtiva sit stricti juris, pariter inepta est: quoniam inde non efficitur, ut tanto magis hæres in solidum debeat teneri: neq; Ant. Fab. probavit, rerum amotarum actionem stricti juris non [illegible] quamvis propriè loquendo hæ qualitates, bonæ fidei & stricti juris, propriæ sint actionum ex conventione, nec nisi ineptè actionibus ex delicto accommodantur: aut præter rationem juris & usum, omnes omninò actiones, præter enumeratas in §. *actionum*. 28. *Instit. de action.* inter actiones stricti juris erunt referendæ, & ita per consequentiam istam Fabrilem, omnes in hæredes in solidum dabuntur.

IX.

Et hinc porrò, quoniam actio ex delicto est, non dabitur in patrem, nisi quantum ad eum pervenit, & peculium locupletius factum est.

Confirmatur ex iis, quæ diximus disp. præced. de condictione furtiva, quod ea in patrem datur, quatenus peculium est locupletius *ex l 3 §. pen. de pecul.* ut tantò minus actio rerum amotarum, quæ verè ex delicto est, in solidum & totum peculium competere queat: & est ad hoc textus expressus *in d. l. 3. §. pen. in fin.* ubi hæc in re actio rerum amotarum, & condictio furtiva comparantur: nugas etenim A. Fabri, qui totum illum locum Triboniano imputat, & erroris arguit, eâd. disp. præced. refutavimus. Atq; ita haud dubio accipienda est *l. 3. § ult. rer. amot.* quod hoc nomine in patrem actio de peculio detur, sc. ut intelligamus, dari quatenus in peculium pervenit. Sed Ant. Fab. contrario errore, qui condictionem furtivam de peculio in patrem prorsus negat actionem rerum amotarum in patrem concedit, non tantum quatenus est locupletior, propter auctum peculium, sed in totum peculium. Et 1. *decad.* 78. *error.* 5. longè aliam rationem actionis rerum amot. & condictionis furtivæ esse scribit, quod causa furti sit pœnalis, non autem rerum amotarum. Verum hæc differentia nihil quicquam facit, ad tractationem de condictione furtiva, in partem tantum; quatenus peculium locupletius est, concedenda, quoniam hactenus condictio furtiva nullo prorsus modo pœnalis est, non magis quam quæcunq; actio ex delicto, quatenus porrigitur in hæredem pro extorquendo injusto lucro: & jam ante probavimus, actionem rerum amot. magis esse ex delicto, quam condictionem furtivam, imò hanc ex delicto non esse. Et hæc est sententia *l. 3. §. ult. rer. amot.* quod vel in patrem detur actio de peculio, quatenus hoc locupletius est, vel in filiam directa actio rerum amotarum, quia displicuit eam furti obligari: quo modo trajectis verbis aut legendum est *in d. l 3.* aut ita accipienda ratiocinatio Pauli. Vulgata enim lectio contorta est, dandam actionem de peculio, quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem; ex qua lectione ineptè ratiocinatur Fab. *d. error.* 5. ideò in patrem dari actionem de peculio, quia filia non committat furtum: nam imò verè committit furtum, sed furti non obligatur, ut in alio casu responsum est *in l. inter.* 46. *§ pen.*

cogitur ex ratione juris conditionem quærere filiæ, eamque viro nuptum dare *l. sciendum. 19. de rit. nupt.* & quisquam sit tam vacui capitis, ut affirmare ausit, patrem præbere causam furto, quod postea filia in matrimonio commisit? Nemo in dupondio hæc ferat: longè rectius, quod Cuiacius in quendam, torqueatur in Fabrum: opus homini esse castigatione, cum superdicto, μὴ κακηγόρει τὸν νομικόν. Sed nondum finis est ineptiarum: nam dict. cap. 7. sine ulla ratione contundit, quod repugnet rationi, ut actio de peculio tantum detur id quod pervenit: etenim respondimus disput. præced. quod hæc actio ita ut detur ex æquitate & in subsidium, ut injustum lucrum patri extorqueatur: ut tamen rectè dicatur de peculio, quoniam quod ad patrem pervenit, in peculio est, unde *in l. pen. de condict. furtiv.* in peculium condictio dicitur, ut fortassis non usque adeò ineptè à Cujac. *in l. 5. rer. amot. ad libr. 11. quæst. Papin.* actio utilis appelletur: quam Cujac. sententiam jejunissimis ratiunculis impugnat Fab. 1. quod nullibi fiat mentio hujus utilis actionis. Resp. sufficere nobis rationem desumtam ex natura actionum utilium: cum præsertim in omni genere actionum utilis & directa reperiatur: & præstat ita distinguere hic quoque, quam violentas manus textibus juris inferre. 2. quod actio de peculio sit prætoria, edicti autem verba tam latè pateant, ut non sit opus utili actione. Resp. perspicuè falsum esse, quod nullæ sint actiones utiles prætoriæ, nec ipse Fab. hoc negare audet, sed rariores esse ait: utique proponitur *in l. 5.* actio utilis rerum amot. quæ iudice Fabro prætoria est. 3. quod actio utilis æquè sit plena ac directa. Resp. hoc si generaliter, & in universum accipiatur, prorsus falsum esse: & cum actio de qua quærimus, ex delicto descendat aut persequatur id, quod ex delicto abest, non potest æquè plena esse, ac illa, quæ est ex contractu. 4. quod *in l. 5. rer. amot.* non agatur de actione utili de peculio, sed de actione utili rer. amot. Resp. simpliciter fieri mentionem utilis judicii, & ubi filia peculium habet, parum interest, an dicamus agi in patrem utili iudicio rerum amot. an de peculio: & falsum est, quod inter hæc duo nulla sit communio, quoniam de peculio non significat separatam, & per se existentem actionem, quod absurdè prorsus *d. c. 7. decad. 78.* affirmat Fab. (neque nimis absurdè ibidem actionem de peculio vocat conditionem,) sed tantum denotat qualitatem & adjectionem actionis rerum amot. 5. quod ex sententia Cuiacii plenior sit futura actio utilis quàm directa: si minus sit in peculio, quàm ad patrem pervenit. Resp. quod ego vel hoc non capiam, vel inepta prorsus sit obiectio: quoniam quicquid ex furto filiæ ad patrem pervenit, quoad effectum movendæ huius actionis utilis, in peculio esse censetur: sicut quicquid pater filio debet naturaliter, in peculio esse intelligitur, ubi tractatur de movenda actione directa.

X.

Hæc actio rerum amot. non ineptè ac absurde dicitur esse condictio.

Hæc quoque thesis ponenda fuit pro asserendo iure nostro contra temeratorem Fabrum, qui contra quam expressè scriptum est à Caio *in l. rerum 26. rerum amot.* quod scilicet rerum amot. actio condictio sit, præfractè contendit *decad. 79. err. suorum c. 7. & seqq.* hanc actionem condictionem non esse. Cur autem rectè condictio dicatur, non una ratio afferri potest: & hoc concurrit 1. magna affinitas huius actionis & condictionis furtivæ: quoniam datur itidem domino, est personalis, rei persecutoria,

cutoria.

cutoria, perpetua, & in ea, ut in condictione furtiva crescit æstimatio *l. pen. rer. amot.* ut nulla prorsus ratio dari queat, quamobrem actio rer. amot. condictionis nomine insigniri non debeat: præsertim quod non videatur habere nomen proprium, cum verba, *rerum amotarum*. ipsum delictum potius & factum, quam nomen actionis designare videatur. Deinde cum actio rer. amot. re vera quidem ex delicto sit neque tamen infamet, imitatur hac in re naturam condictionum, quæ licet ex famosis causis pendeant, ex iis tamen damnatum infamia non sequitur *l. cessat. 36. de O. & A.* quam etiam rationem appellationis notavit Accurs. sed putidè prorsus impugnavit Faber; perinde enim hic erit, ac si alius, in quem delictũ commissum est, mitius agere volens, ex pœnali causa condicat. 3. præter *d. l. 26. rer. amot.* text. *in l. pen. de condict. furtiv.* ubi condictio, quæ datur, utique est ex causa rerum amotarum, & quævis probabilis saltem ratio vel color admittendus est, potius quàm ut feramus tam impudentem rationem tractandi juris, per quam constantissimè hactenus recepta, nullius exemplaris lectione variante, convellamus, & cum Ant. Fabro addita negatione, *in d. l. 26.* legamus; *rerum amotarum actio, condictio non est* tantò minus, quod rationes Fabri prorsus sunt imbelles, quarum præcipuas in formam redactas, hic paucis refutabimus. Prima ratio est. Nulla condictio est prætoria: atqui actio rerum amot. est prætoria, ergo non est condictio. Resp. assumtionem esse dubiam, quod moribus potius receptum videatur, ut actio reum amot. detur in uxorem: neque novum est, ut actiones etiam civiles, acceptæ referantur prætori, qui actiones omnes dare solebat: & ipse Fab. in tract. de condict. certi passim condictionem eam edicto prætoris propositam fuisse tradit. Sed & major multò magis dubia est, cum & veteres condictionem triticiariam, & *Hottom. in §. sic itaque 14. Instit. de act.* condictionem furtivam prætoriam esse putent; quia ipse *Fab. dec. 79. error. 2.* actionem de peculio, quæ sine dubio prætoria est, condictionem appellat: certè nulla apparet solida consequentiæ ratio. Altera ratio est. Omnis condictio est stricti juris: actio rerum amot. non est stricti juris, ergo est condictio. Resp. actiones ex delicto, nec bonæ fidei, nec stricti juris rectè dici, & ineptus sit, qui actionem rer. amot. bonæ fidei esse dixerit: sed & condictiones quædam, ut forte non sint propriè bonæ fidei actiones, tamen prope eas sunt *arg. l. hæc condictio 66. de condict. indeb.* Tertia ratio: Nulla condictio est arbitraria: actio rerum amot. est arbitraria, ergo, &c. Resp. nullam rationem esse majoris, utique actio de eo, quod cert. loc. & arbitraria, & condictio est: minor autem prorsus falsa est. Quarta ratio. In nulla condictione juratur in litem. In actione rerum amot. juratur in litem *l.* 8. *rer. amot.* ergo, &c. Resp. nullam esse rationem majoris: utique in actione ex stipulatu, quæ condictio est in litem jurari docet *l. in actionibus. 5. §. ult. de in lit. jur.* quod si replices, hoc non ordinarium esse, *per l. 5. eod. tit.* neque juramentum illud in litem affectionis, sed veritatis, ut vel Anton. Fab. mavult, necessitatis esse: duplicabo, majorem obtinere in condictionibus ordinariis, quæ dantur non domino contra dominũ, non autem in irregularibus quæ dominis dantur: in quo genere condictionum propositionis falsitas manifesto ostenditur, quod in condictione furtiva in litem jurari verius est, his rationibus. 1. quia non actio furti, sed condictio furtiva competit jure dominii, illa autem jure eius quod interest: neque videtur hac in re solida differentiæ ratio reddi posse inter actionem rer. amot. & condictionem furtivam. Hinc facit 2. quod præcipua ratio deferendi juramenti in litem, est dominii ius, ne quis rem suam invitus vendere teneatur, ut ostendit textus *in l. non enim 9. rer. amot. l. si filiusfam. 25. §. 1. solut. matrim. l. nec quasi 70. cum l. seq. de rei vindic. l. 8. de in lit. iurand.* quæ ratio prorsus

mili-

militat in condictione furtiva. Hinc 3. quoniam non potest jurari in litem, ubi reus contumax est, & dolum committit in non restituendo rem, quod iam dicti textus ostendunt: in actione autem furti agitur ad meram pœnam, non ad restitutionem rei, cuius adeò nec contumacia hac in re argui potest. 4. facit huc textus non obscurus *in l. furt. 50. in pr. de furt.* ubi dicitur in actione furti duplari vel quadruplari verum rei precium: atqui actor iuramento suo pro arbitrio rem æstimat. Et ineptus est *Fab. decis. 92. error. 8.* ubi distinguit inter precium iustum & verum: ubi illud præstandum venit, non iurari in litem, sed bene iurari, ubi hoc debetur, quoniam verum sit pretium, quod æstimatur per iuramentum. Etenim hoc falsum est, aut ego eád. ratione iustum precium esse defendam: neque obscura est sententia *d. l. 50 de furt.* quod scilicet non quadrupletur, quod quis interesse sua dixerit, vel ex affectione sua tanti rem esse prætenderit, sed quanti revera res est, suo videlicet pretio, ut loquitur JCtus *in l. 9. rer. amot.* eoq; pertinet, quod *d l. 50.* dicitur, re peremta quadruplari, quanti res fuit tempore furti commissi, vel quo preciosior fuit, quoniam fur continuatam contrectationem facere intelligitur: æstimatio autem per iuramentum ad nullum certum tempus refertur, sed libero actoris permittitur arbitrio. Ex quo, ut obiter hoc addam, confirmatur, quod diximus disput. præced. in condictione furtiva æstimari rem, quanti unquam plurimi fuit à tempore commissi delicti. cuius eum ibi mentio fiat, non potest hic locum reperire interpretatio Fabri, ut intelligamus solum tempus, quod à lite contest. usque ad sententiam decurrit. Plane si in actione furti, quod Fab. vult, iuraretur in litem actor etiā septulum, & amplius veri precii consequi posset, quod & iniquum fuerit & absurdum: falsum autem illud Anton. Fab. *d. dec 92. err. 8.* in actione furti non nisi per iuramentum in litem rem æstimari posse. Et de condictione furtiva accipi potest non absurdè *l. cum furti 9. de in lit. iur.* Sicut & vulgo quod scriptum est *in l. si is 71. in pr. de furt.* actionem furti & commodati sese invicem consumere, de condictione furtiva replicari solet: nisi quis forte *d. l. 9. in lit. iurand.* referri velit ad casum necessitatis, & iuramentum in litem veritatis, quæ videtur esse sententia Dd. ibid. ut tamen inde inferri non possit, quod propterea in condictione furtiva iuramento in litem nullus sit relictus locus. Quinta ratio Fabri, cur actio rerum amot. non sit condictio, hæc est: quoniam in ea non intendatur rem dari oportere. Respond. hoc nusquam probari, & verosimile esse, quod hac in re idem observatum fuerit in actione rerum amot. & condictione furtiva. Sexta ratio, quod actio rerum amotarum non tantum domino detur, sed etiam ei cuius interest *per l. si concubina. 17. §. ult. rer. amot.* Respond. vel quod nec condictio furtiva detur soli domino, ut probatum disp. præced. vel potius, quod actio rerum amot. mixtam habet naturam. Etenim ubi alius furtum fecit, duplex est actio furti pœnalis & condictio furtiva, sed ubi uxor res subtraxit, unica tantum actio est, rerum amot quæ duplicis illius actionis vice fungitur: eoque necessum fuit etiam ad res, quarum dominium non habet, sed quas salvas esse ipsius intererat, cessante quippe actione furti, actionem hanc rerum amot. accommodare: itaque licet concedamus hactenus actionem rerum amot. non sapere naturam condictionis, quatenus datur ei cuius interest, satis tamen recte respectu eo quo domino datur, qui principalis est, condictio appellabitur. Septima ratio Fabri colligitur *ex l. si concubina. 17. §. pen. & ult. tum l. seq. l. 24. & 25. rerum amot.* quibus locis cùm actio rerum amot. aliis condictionibus opponatur, consequenter ipsa condictio non esse videtur. Resp. esse fallaciam homonymiæ, quoniam quod certæ quædam condictionum species opponantur actioni rerum amot. inde ad prorsus negandum

genus condictionis de actione rer. amot. malè infertur. 8. Anton. Fab. *decad.* 9 *err.* 2. *in fin.* vel maximè putat patrocinari sententiæ suæ textum *in l. si quis.* 52. *in pr.* & §. 1. *de furt.* ubi mulier quæ furi opem tulit, tenetur rerum amot. ex quo colligit Anton. Fab. eam non esse condictionem, quoniam quæ opem tulit, non teneatur condictione furtivi. Respond. 1. ineptam esse consequentiam: actio rerum amot. non est condictio furtiva, ergo non est condictio. 2. falsum est, quod in eum qui opem tulit, non sit condictio furtiva *per. l. sæpe.* 53. §. 1. *de V. S.* & probatum est ad Treutler. *p. 2. disput. de furtiv. thes.* 3. Porrò etiam admisso eo, quod vult Fab. nihil objectio ea facit, quoniam condictio in eum tantum datur, ad quem res pervenit, furti autem actione tenetur etiam, cujus ope consilio furtum factum est, licet hoc perspicuo errore ibidem neget Fab. eoque mulier, quæ opem consilium tulit, cessante actione furti, necessariò tenebitur actione rer. amot. & jam supra diximus, quod actio rer. amot. utriusque actionis, furti & condictionis furtivæ locum tuetur. Et igitur explosis rationibus Anton. Fabr. statuamus, actionem hanc esse condictionem, cum Cajo *in l. rerum.* 26 *rer. amot.* & Juliano *in l. pen. de condict. furt.* quæ ita perspicua est, ut Antonium Fabrum valdè ægregiè habuerit, ut ipso profitetur *decad.* 78. *err.* 8. *in fin.* ait ibi JCtus, quod ex persona filiæ, quæ res amovit, detur in patrem condictio in peculium. Cum autem, de peculio sit tantum qualitas actionis alterius, & ex causa rerum amot. condictio ibi dari dicatur, consequens est, ut actio rerum amot. sit condictio: idque evidentius fit ex collatione *l. 3. §. ult. rer. amot.* Verum Anton. Fab *decad.* 79. *err.* 9. Julianum censet à cæteris JCtis dissensisse: & ne fateri cogatur, quod Julianus rerum amotarum actionem dixerit condictionem, quod ipse rationi juris & textibus repugnare, sed f[illegible] contendit, fingit Julianum non in eo dissensisse; quod existimaverit, actionem rerum amotarum condictionem esse, sed quod putaverit, si filia quid amovisset, nullo mo[illegible] in patrem agi posse de peculio, quoniam actio esset ex delicto: alios autem quorum mentio *in l. 3. §. ult. rer. amot.* contra sensisse: & de solido peculio in patrem actionem dedisse, quoniam existimaverint actionem rer. amot. esse ex contractu. Sed 1. velim audire rationem quæ nos cogat accipere *d. l. 3. § ult.* de actione peculii in solidum. & 2. quæ amplius ratio cogat *d. l. pen.* accipere de alia actione, quam de peculio, & 3. quare nulla possit dici actio de peculio, in quantum locupletius factum est: & inde 4. cum in his omnibus nulla solida ratio reddi possit, cur non ex textibus textus potius explicemus, quam ut dissensiones & contradictiones & Triboniani errores, & id genus monstra confingamus. Sed 5, illud magis falsum est, quod hi quorum mentio est *in l. 3. §. ult. rer. amot.* crediderint actionem hanc esse ex contractu, falsum est, quod ea opinio unquam ulli JCtorum, quinimò ulli homini sanæ mentis venerit in mentem nam quod attinet *ad l. 52. de re iudic.* de ea ante egimus, & actionem istam ex vero delicto, nullo modo autem ex contractu esse ostendimus: tantum abest, ut ullius JC[illegible] ex ea causa actionem in solidum peculium dederit, cum præsertim nec hæres in solidum hic teneatur. Et hinc 6. ratio Fabri: Est ex delicto, ergo non datur in patrem de peculio: procedit in actione directa de peculio, quæ solidum peculium persequitur non autem in ea, quæ competit, in quantum est in peculio ex delicto admisso. Verum quia ita nondum satisfactũ est ratiocinationi nostræ, desumtæ *ex d. l. pen. de cond. furt.* ideò Anton. Fab. negat ibi intelligi actionem rerum amot. de peculio, sed confingit quandam condictionem generalissimam, de qua *in d. l. pen.* tractet Julianus, itaque singulariter observandum putat, quod Julianus non dicat condictionem *de peculio*, sed *in peculium*. Verùm, quis credat, & ita dissensisse à cæteris Julianum, & in nudis nominibus,

minibus ludere voluisse, ut juxta sententiam Fabri, & directam & utilem actionem de peculio in patrem negares, & tamen concederes condictionem in peculium: cum præsertim juxta Fabrum alia hinc sequatur dissensio, quod illi quorum mentio *in l. 3. rerum amot.* dederint actionem in totum peculium. Julianus tantum in id, quod pervenit. Est enim hæc necessaria consequentia, quoniam fieri non potest, ut condictio illa, quam fingit Fab. detur, ultra quam pervenit, *per text. in l. 6. & 25. rer. amot.* ubi condictio datur ex æquitate in id, quod quis ex injusta causa possidet: ideoque Fab. cogitur & hanc admittere dissensionem, & ne sibi ipsi contradicat, qui supra disputavit actionem ex causa rerum amotarum in solidum peculium dari, cum tamen condictio de qua *in d. l. pen.* detur, in quantum pervenit, respondere cogitur ut diximus, aliud esse condictionem de peculio, aliud in peculium. Fidem tuam aut frontem potius appello Faber, putasne tibi cum fungis rem esse, quibus istas nugas persuadeas & obtrudas: cum præsertim ita videri possit loquutus Julianus, quoniam actio de peculio ordinaria directa ex contractu datur de solido peculio, hæc autem, sive eam actionem utilem de peculio, sive condictionem de peculio, aut in peculium appellare velis, saltem quantum locupletius factum est. Et si intellexisset Julianus condictionem aliquam generalem, frustra adjecisset verba *in peculium*: quoniam licet nullum peculium sit condictioni tamen ex injusta causa futurus esset locus. Prorsus ubi filia peculium habet si igitur, in peculium vel de peculio agi oportet, ut auferatur iniquum lucrum, quod *in d. l. pen.* notavit Accurs. quoniam actiones ex delicto ante condemnationem in solidum peculium contra patrem agi non potest: cum & ipse Faber, ut relatum est disputat. præced. hac ratione condictionem furtivam in patrem neget. Vides ex his optime lector, quam tibi quam nobis omnibus, imò quam ipsi Jurisprudentiæ illudat Anton. Fab. qui dum hoc unicum agit, ut novas opiniones introducat, omnia vetera convellat, dum præcisè condictionem furtivam de peculio in patrem negat, & ex adverso contra omnem rationem actionem rerum amot. in solidum peculium dari contendit, eam ex contractu, ex societate vitæ patris culpa concurrente nasci asserit, cœlum terræ miscet, omnia confundit textus juris, ipsam rationem evertit, Tribonianum perpetuò inscitiæ & crassæ imperitiæ juris rerum facit, ipsos JCtos inter se committit. Et vereor, ne in confutandis istis ineptiis malè aliquibus operam collocasse videar: sed ea fortuna hominis illius fuit, ut ab eo dicto tanquam ex tripode profecta à quibusdam accipiantur, ut etiam sit qui scribat illum esse, in quo natura ostendere voluerit, qui extremum in Jurisprudentia esset: rectius dixisset extremum, quo impudentia possit evadere: hanc videlicet & temeritatem ejus accuso, neque libido insectandi & detrahendi ad hæc scribenda me impedit, sed amor, sed pietas erga Jurisprudentiam, quam si ita tractatur, amisimus: quid enim unquam certi esse poterit, si ita grassari permittitur: quod enim cuiquam licet, id cuivis licet. Sed & qui Doctores & Interpretes, quà veteres quà recentiores licentiosissimè & inique traducit, æquissimam idem talionis legem meritò patietur, ex edicto *quod quisque iuris in alium statuerit, &c.*

XI.

Cum autem hactenus probaverimus, actionem hanc rerum amotarum re vera ex delicto furti esse, infertur inde, eam quoque aliquo modo esse turpem, & utcunque non

infamet, tamen famam uxoris aliquatenus lædere & sugil-lare.

Nondum nos dimittit Anton. Fab. & hanc quoque thesin ei dare necesse habuimus. Veritas istius assertionis ex præcedd. probatur, quod scilicet uxor vere furtum committit, eoque actio hæc in rei veritate arguit furtum, nisi quod in honorem præcedentis matrimonii, nec pœna nec vera infamia uxori irrogatur: adeoque quis intelligit hanc actionem citra notam quandam & maculam non intentari. Et vero si condictio furtiva contra ipsum furem intentata turpis est ut fatetur *Anton. Fab. decad.* 80. *error.* 9. quæ tamen re vera ex delicto non est, etiam & tantò magis turpis erit actio rerum amot. ut prorsus falsum sit, quod idem *decad.* 79. *error.* 2. *in fin.* eam condictione furtiva longè mitiorem & *ead. decad. error.* 9. nullo modo turpem [illegible] modo sugillare famam contendit. Et quid facias homini, qui etiam meridiana luce clariora negat, & ratiunculis commentitiis levissimisque ipsi veritati bellum indicere, & apertis textibus juris medium ostendere digitum, & ut ille apud Apuleium ait, quasi laqueum minari non veretur. Et accipe quæso lector, rationem eius, qua utitur *d. decad.* 79. *error.* 9. Ait, quod hæc actio habeat nomen honestum. R[illegible] quod res ipsa sit potentior nomine, vel potius quod hoc prorsus falsum sit, quia amovere re ipsa hic est subtrahere & furari: aut si urgeas, fatebor esse honestum, si conferatur cum actione furti, quæ pœnalis est, & famosa, minimè autem honestum, si simpliciter consideretur: utique enim denotat factum inhonestum, quod fit [illegible] & lucri faciendi causa. Et ineptè pro confirmandi sententia sua adducit *l. si servum* 71. § *pen. & ult. de acquir. hæred.* etenim ibi disertè probatur, eum amovere [illegible] dolo malo aliquid ex hæreditate aufert: quamvis aliàs utcunque verbum *amovere* fortè alio sensu alibi accipiatur, hic utique factum turpe significari, res ita loquitur, quippe amotionem & subtractionem rerum mariti, divortii causa & clanculum. & consequenter necessariò animo fraudulento, quod perabsurde negat Fab. & idem perabsurdè affirmat, hoc verbum nec re ipsa nec sono nominis esse inhonestum [illegible] ne autem confirmatur thesis à contrario sensu *ex l.* 2. *C. de rer. amot.* ubi rescriptum est, actionem rerum amotarum soluto demum matrimonio dari, quoniam actio nec pœnalis nec famosa constante matrimonio detur: ex quo sane efficitur, actionem istam aliquo modo esse turpem, & licet non infamet, tamen honorem & famam [illegible] aliquo modo sugillare. Quinimò istud penè directò ex eo textu [illegible] tur: quoniam ibi constante matrimonio negatur actio rer. amot. sed actio in factum datur, ne scilicet ulla labe pudoris afficiatur uxor: velut ex hac caussa contra [illegible] & patronum, qui dolum admiserunt, actio in factum subsidiaria datur. [illegible] si verò actio rerum amot. nullo prorsus modo, ut vult Anton. Fab. læderet hono[illegible] utque nihil prohiberet, eam constante matrimonio dari. Ad hanc rationem urgentem sane & validam nihil habet, quod respondeat Fab. *d. decad.* 81 *error.* 8. sed ut e[illegible] dat, imò saltem ut illudat lectori, conatur invertere imò evertere, rationem Imperatorum *in d. l.* 2. quasi eò pertineat, ut ostendat, quare non detur matrimonio [illegible] [illegible] actio. Etenim præterquam, quod hoc nihil ad rhombum, nimis istud subtile an potius futile est: & utique apparet Impp. consultos fuisse: an rerum amotarum actio daretur constante matrimonio: quod illi ex ratione jam dicta negant, & actionem in factum subsidiariam concedunt, & imò contra quam putat Fab. soluto matrimonio turpem actionem contra uxorem admittunt: quod tanto minus absurdi habet [illegible]

quod

quod post divortium coniuges cẽsentur inimici, quod ipse notat Ant. Fab. *dec.* 81. *err.* 1. tum quod etiam constante matrimonio in uxorem datur actio pœnalis L. Aquil. *l. si servus* 27. §. *si cum maritus* 30 *ad L. Aquil.* quāvis Accursi. detractat pœnalitate actionem ibi competere putet: tum verò præcipuè (actio enim L. Aquil. non est famosa, & etiam propter culpam datur) quod actio etiam servi corrupti etiam constante matrimonio in uxorem datur *l. ult. de serv. corrupt.* (de quibus textibus & casibus multa nugatur Ant. Fab. *decad* 82. *err.* 1. *&* 2.) & quamvis favore nuptiarum detur in simplũ, & ita instar condictionis ne infamet *d. l. ult.* tamen cum corruptio servi non fiat sine dolo, & actio ea de servo corrupto natura sua turpis sit *l. nec quicquam. 56 pro socio. l. 5. §. 1 cum l. seq. de obseq. præst.* fieri non potest, ut illa actio utcunq; in simplum, non sugillet famam uxoris. Nam quod Faber tentat *d. decad.* 81. *in fin. quod d. l. ult.* ita accipienda sit, ut teneatur quidem statim uxor, sed actio demum soluto matrimonio exerceatur, prorsus improbabile est, & ineptum facit JCtum, cum nec dubitari possit, quin à tempore commissi delicti nascatur obligatio: & ipsa verba JCti *dari actionem*, illam Fabrilem interpretationem satis convellunt: quamvis etiam ea admissa, hoc tamen perpetuò maneat actionem aliquam turpem contra uxorem dari: nam & *in d. l. 2. C. rerum amot.* de actione soluto matrimonio danda tractatur: cæterum *cum d. l. ult.* satis expressè probet, eam actionem constante matrimonio dari, tantò minus mirandum est, actionem rerum amot. quæ soluto matrimonio datur, aliquo modo perhiberi turpem: quinimò colligere hinc licet actionem rerum amotarum, quæ in simplum constante matrimonio non datur, turpiorem esse actione de servo corrupto, quæ cõstante matrimonio in simplum locum habet: quoniam scilicet furtum turpissimum est delictum, quod commissum in rei veritate arguit rerum amot. eoque Impp. *in d. l. 2. C rerum amot.* negata ea actione, subsidiariam in factum tribuunt. Ubi iterum videas intemperiem hominis, qui negat ullam actionem in factum subsidiariam esse actioni rerum amot. tum quia nulla eius mentio sit sub tit. rerum amot. tum quia constante matrimonio sit locus condictioni sine causa *l. rerum. 25. § rerum amot.* Resp. tum quod satis sit, si proponatur *in d. l. 2 C. rerum. amot.* tum quod condictio illa quæ proponitur *in d. l. 25. rerum amot.* sit extraordinaria & degenerans iuxta notata *disp. præced. th.* ... re. ut nec absurdum sit, si condictio illa actio in factum dicatur, vel utriusque illius actionis concursus admittatur. Ideoque non constat, quod 3. obiicit Fab. ubi competit actio civilis, non recurri ad actionem in factum. quia ipsa condictio. quæ hic competit est extraordinaria & irregularis. Unde nec obstat, quod 4. instat Faber, si locus fuisset actioni in factum, non opus fuisse judicio rerum amotarum: vel quia illa actio in factum est subsidiaria actioni rerum amotarum: vel quia eadem ratione dicerem sufficere condictionem sine causa potuisse ad excludendam actionem rerum amotarum. Sed nimirum ut jam sæpe diximus, cum uxor vere furtum committat, nec voluerunt nec debuerunt prætores, vel JCti prorsus negare actionem ex delicto, sed soluto matrimonio eam concesserunt, & interim actionem in factum vel condictionem, ne injuria fieret marito, qui divertere nollet, constante matrimonio concesserunt, contra illam actionem in factum, quã constante matrimonio proponunt Impp. *in d. l. 2* ita disputat Ant. Fab ut dicat nullam actionem inter conjuges constante matrimonio jure nostro institui posse. Sed præterquam, quod perpetuo regeritur illud de condictione sine causa *ex d. l. 25. rer. amot.* plurimi sunt textus, quibus assertio illa Fabri manifesti erroris cõvincitur: sed audiamus suavissimas rationes, quas proponit Fab. Ait 1. quod procul dubio in edicto, *de in ius voc.* facta fuisset mentio coniugũ, si inserta

si inter eos actio esse potuisset, quoniam quibus reverentia debetur, ij sine venia in jus vocari nequeunt *l. generaliter. 13. de in jus vocand.* Resp. quod utique uxori [illegible] debeat reverentiam maritus, qui si in jus potuit vocare uxorem, etiam necessario actio concedenda fuit uxori contra maritum, ita ut fortassis hic impetrata venia fuerit opus: neque enim quod nulla mentio uxoris vel mariti in edicto sit, quod [illegible] tum integrum non habemus, sufficere potest, ut contra perspicuus textus. & [illegible] mam rationem uxori negemus actionem, cum nemo sanus negare possit, [illegible] & uxorem jus contrahendi inter se ex legibus nostris habere. Et existimave[illegible] duplici ratione in edicto non factam fuisse mentionem conjugum: (quamv[illegible] jure dubites) 1. quia antiquissimo jure uxor, quæ in manum convenerat, qua[illegible] filiæ & sui hæredis marito esse incipiebat: sed illam rationem contrahendi [illegible] effectum ejus, iam temporibus JCtorum nostrorum, in desuetudinem abiisse, [illegible] argumento est, quod per istam nubendi modum filia exibat ex potestate pa[illegible] à jure nostro prorsus est alienum. 2. quod jure antiquissimo fœmina nih[illegible] gere poterat sine autore, & in perpetua erit tutela, tutor autem in jus vocans [illegible] buit opus veniæ impetratione. Altera ratio Fabri est, quod conjux à con[illegible] potuerit rapi obtorto collo, hoc autem fuisse olim in jus vocare. Resp. hoc [illegible] esse, ut ostendimus ad Treutler *part. 1. de in ius voc. thes. 1.* Tertia ratio, quod [illegible] re veteri liceret divertere, hoc potius facere debuerit, conjux, quam litigare. [illegible] hanc rationem esse ridiculum. ut propter quamcunque causam & controver[illegible] contractu divortia fieri debuisse, statuamus: sed & divortia temeraria suas & u[illegible] pecuniarias pœnas semper habuerunt. Quarta ratio: quia potuerit maritus ux[illegible] domi apud se convenire, & eam duriter tractare, donec sibi satisfaceret. Resp. [illegible] rationem magis esse ridiculam: vel quia ex contractibus mutuæ sunt actiones [illegible] autem ita maritum tractare non potuit: vel potius quia illa ratio tractand[illegible] rem, nonnisi specialibus casibus violati matrimonii marito permissa fuit, [illegible] eulè concesseris marito in causis civilibus & peculiaris, qui ita uxorem & dot[illegible] nalibus bonis exuere & spoliare potuisset: vel denique quia illud ius mariti a[illegible] tus obtinuit, sequentibus autem temporibus etiam ante JCtos nostros ma[illegible] centiam & libertatem uxorum fuisse, vel ex uno Juvenali apparet. Quinta [illegible] bri est, quod omnibus bonis in dotem datis, nulla potuerit esse controver[illegible] tum quod nulla sit consequentia, quoniam ex causa delicti constante ma[illegible] agi potuisse docet *l. 27 §. 30 ad L. Aquil. l. ult. de serv. corrupt.* tum quod [illegible] nalibus bonis in dotem datis non frequens, sed rarius fuerit: tum quod mulier [illegible] bona alia quærere potuit, & utique cum marito litigare, si dotem male c[illegible] Sexta ratio, quia maritus habeat administrationem etiam paraphernalium [illegible] Resp. præter jam dicta, non esse hoc perpetuum, sed pendere à voluntate u[illegible] *& ult. C. de pact. convent. super dote*, sed & falsum, hoc est exiure D gest. [illegible] tus etiam sub pœna infamiæ prohibetur esse curator uxoris. Septima ratio [illegible] stin. dederit uxori hypothecam tacitam in bonis mariti, quoad dotalia & para[illegible] nalia. Resp. ineptam esse consequentiam: vel quia potest mulier bona [illegible] re pro quibus nullam habet hypothecam: vel quia hypotheca non impe[illegible] gendi, cæteroquin multi alii, qui etiam hypothecam habent, non posse[illegible] cre[illegible] suos in ius vocare. Octava ratio, quia conjunctio arctissima inter conju[illegible] ges [illegible] at, ne invicem possint litigare. Respondeo tribus verbis, hoc esse fal[illegible] [illegible] atque ratio est, quod uxor & maritus habeantur pro ead. persona. Resp. [illegible]

esse falsum, quoniam alter in alterius potestate non est iure nostro, nec maritus per uxorem acquirit, quod solum facit, ut filius & pater pro una habeantur persona: adeoque nunquam duo pro eàdem persona haberi possunt, qui possideant bona separata, in quibus præsertim quisque plenum jus habet: ex quo fit, ut super bonis Castrensibus, imo omnibus iis, quorum plenam habet proprietatem, filius cum patre litigare possit. Vides lector, quam sint ista inepta & ridicula, quæ Faber subtilia esse, & putat & expressè affirmat: cum tamen ipse tandem fateri necessum habeat, plurimos esse textus, qui proponant actionem inter conjuges, nec possunt restringi ad casum soluti matrimonii. Et igitur exstat *ex d. l. 2. C. rer. am.* quod actio rer. amot. aliquo modo sit turpis, quæ ratio nec removetur aut convellitur ullo modo, etiamsi cum Fabr. *decis.* 81. *error.* 9. accipias *d. l. 2. rer. amot.* de actione in factum subsidiaria L. Aquil. quamvis ista explicatio Fabri procul dubio & falsa & absurda sit: quoniam inauditum est, actionem subsidiariam uni delicto, eandem speciè esse subsidiariam delicto plane diverso. Agitur autem *in d. l. 2.* non de damnato dato, sed de furto, quo delicti genere nihil aut occidetur, aut rumpitur, quæ facta vindicat L. Aquil. & in eum casum, quo aliâ damnum datum est, neque in aliam speciem delicti res incidit, accommodatur actio in factum, *iuxta l. 11. de præscript. verb. & § ult Institut. de L. Aquil.* de quo casu non tractatur *in d. l. 2.* sed de furto, quod est speciale & proprium delictum, separatas habens actiones, eoque *in d. l. 2.* subsidiaria actio non L. Aquil. sed subsidiaria furti, & rerum amot. est intelligenda: nec animadverto, qua ratione ostendere possit Faber, nullum hoc casu subsidiariæ actioni esse locum, cum utique negare non possit, condictionem sine causâ *in l. 25. rer. amot.* extraordinariam & subsidiariam esse: ut proinde ridiculè huc afferatur ex Cicerone, quo recusare non possimus, quo minus vivamus legibus eius Reipublic. in qua nati sumus. Illud verò prorsus ineptum est, quod subjicit *d. c. 9.* debere maritum locum dare pœnitentiæ uxoris, dum res restituat etenim quæ fraudulenter res amoris, non censetur habere animum restituendi, & eadem ratione negaveris condictionem contra *d. l. 25.* nec impediendus est maritus ut jure suo, si præsertim ex certis causis divortium facere nolit, vel non possit. Ex his apparet, contra quam putat Fab. nullam esse crucem *in d. l. 2.* quam etiam benè explicant Cyn. & Salicet. quos si vidisset Fab. non dixisset temerariè, à Dd. nihil in eam legem scriptum esse. Et de hac utili vel subsidiaria actione potest etiam accipi *l. ult. §. ult. C. de furt.* ubi Justin. constante matrimonio dat actionem rerum amot. quod ibid. præter alias solutiones annotavit Accurs. frustra autem contra eum textum disputat *Ant. Fab. decad. 81. error. 8.* Nimis longum foret omnia errata Fabri persequi: illud saltem obiter addo, quod cum juxta hactenus deducta actio rerum amot. verè sit ex delicto & quodammodo turpis, posse maritum, ubi mulier rem constante matrimonio amotam post divortium iterum contrectavit, utcunque habeat actionem furti *l. 3. in pr. rerum amot.* nihilominus si velit mitius agere, experiri actione rerum amot. Suadet hoc & perspicua ratio, cum utraque actio ex delicto sit, tum etiam humanitatis consideratio, ut uxori parcatur, præsertim cum in hac specie delictum primò in matrimonio commissum fuerit: tum denique, quod ex famosis & pœnalibus causis, si quis mitius agere velit, condicere licet *l. cessat. 36. de O. & A.* ut nulla ratio sit, cur non etiam hæc actio locum habere debeat, quam præsertim condictionem esse supra probavimus. Nec quicquam hic aliud video in Fabro, nisi perpetuam & insanam contradicendi libidinē & penè rabiem, quippe qui nulla ratione *decad. 79. error. 5.* falsissimum hoc esse dicit, quod maritus possit agere rerum amot. sed nimirum hoc quod

ipse dicit, falsissimum est, & concursui hic esse locum evincitur, tum ex jam dictis rationibus, tum ex verbo, *etiam in d. l. 3. in pr.* quod ille ineptè corrumpit.

XII.

Huius actionis rerum amot. hodie aut nulla, aut exigua videtur esse utilitas.

Non merebatur adeò hæc actio tam prolixam tractationem, sed tot textus juris nostri contra Fabr. afferendi, & tot monstrosæ opiniones explodendæ fuerunt: ideoque veniam huic paulò proliziori progressioni dabit æquus lector. Thesis probatur ex eo perspicuè, quod ex ratione juris nostri, ut actioni rerum amot. locus sit, & divortij causa res amotas, & solutum matrimonium esse oportet. Cæterum ex constitutionibus Justiniani paucæ, moribus nostris duæ tantum receptæ sunt divortii causæ, adulterium & malitiosa desertio: Jure autem Canonico nulla justa est divortii causa, eoque cessare videtur actio rerum amot. quod & jam olim notarunt *gloss. & Salicet. ad rubr. C. rer. amot. Cyn. in l. 2. C. eod. numer. 6. q. 3.* ut proinde falsò jactet Faber *decad. 82. error. 3.* se dictorum rem à nullo tractatam: quod hodiè illa actio videatur sublata. Planè si mulier quid amoverit, utcunque non divortii causa, procul dubio actioni subsidiarii in factum, vel condictioni sine causa locus erit, quibus etiam olim constante matrimonio uxor tenebatur, quæ etiam actiones procul dubio in hæredes dabuntur *arg. l. 6. §. 1. rerum amot.* Quinimo ubi matrimonium ex ratione juris Canon. non quidem plane solutum, sed quoad thorum & mensam separatio facta est, rectè defenditur, utili judicio rerum amot. locum esse: utcunq; hoc dicto loco neget Anton. Fab. hac levissima ratione, quod conjuges adhuc sibi servent honorem matrimonij. Etenim hoc aut ambiguè dicitur, aut quoad effectum conjugalem prorsus falsum est: quoniam nonnisi extrema urgente necessitate, ubi nulla spes reconciliationis superest, hæc separatio iure Canon. permittitur. Illud etiam prorsus falsum est, quod eod. cap. addit Fab. tum demum iure nostro matrimonium verè solutum habitum, & actionem rerum amot. datam fuisse, ubi alter conjux alteri nupsisset, vel longo valde tempore in viduitate permansisset. Cui quidem assertioni tum ipsa ratio repugnat, tum hoc maximè, quod olim apud Romanos divortia fiebant, non nuda & simplici separatione, sed solenniter adhibitis, & testibus, & certis verborum formulis & denunciationibus: quod etiam probatur *ex l. 2. & 9. de divort.* & sicut matrimonium contrahebatur proposito perpetuæ societatis & cohabitationis *arg. l. 1. de iur. dot.* ita divortium non erat, nisi quod animo constituendi perpetuam dissensionem fiebat *l. 3. de divort.* facit *l. ult. rerum amot.* ubi dicitur solvi iudicium hoc reintegrato matrimonio: ut inde colligatur statim, aut paulò post divortium factum actionem rerum amot. institutam fuisse: quod quo minus jure faceret maritus, nullà prorsus ratione potuit impediri: & fungus est qui dissentit.

XIII.

Hucusque de actionibus persecutoriis: Sequuntur pœnales, quibus persequimur quod nobis non abest, & sunt omnes ex delicto: earumq; principalis divisio est in puras & mixtas.

Diximus supra, quod etiam persecutoriæ ex delicto ita distingui possunt, quoniam

niam fieri non potest, ut pœnalis mixta non etiam sit persecutoria, siquidem mixtæ hic dicuntur, quibus & rem & pœnam petimus: itaque non excludimus ex delicto persecutorias simpliciter ab hac divisione, utcunque eam hic pœnalibus accommodemus. Possit & hoc reprehendi, quod descriptio ista pœnalium actionum, non conveniat in totum pœnalibus mixtis: quoniam qua persecutionem habent, utique persequuntur quod nobis abest: sed est descriptio à potiori, & quoniam res ipsa ferè etiam separata actione peti potest: quod si quis velit subtilius agere, non impedimus, quo minus eam descriptionem accommodet actionibus pœnalibus puris. Dicimus autem pœnales, quibus petimus, quod nobis non abest, ex usu juris, de quo diximus in *pr.* hujus disputat.

XIV.

Pure pœnales distingui possunt docendi caussa, quod vel persequantur pœnam irrogatam simpliciter & absolute, veluti centum aureos: vel relative ad rem, quæ alterius fuit sine determinatione quantitatis certæ; veluti est pœna dupli quadrupli.

Diversitas harum actionum perspicua est, & parum interest, quibus ea verbis proponatur: & licet quis hoc modo distinguat, quod pœnalibus actionibus quibusdam coerceatur delictum, per quod alteri aliquid abest ex patrimonio, vel simplex aliquod factum & delictum, quo alteri nihil auferatur. Non incommodum erit hic annotare, non inelegantem differentiam actionū pœnalium, & persecutoriarum ex delicto: quod scilicet ubi plures deliquerunt, eo delicti genere, ex quo nascitur pœnalis, solutio unius alios non liberat. *l.* 1. C. *de condict. furt.* *l. litem Mela* 11. §. *sed si plures.* 2. *ad L. Aquil.* ubi ponitur ratio generalis, quod quisque delicti sui pœnam præstat, quod singuli pro indiviso in solidum contraxerunt: at verò quo casu persecutoria actio est, licet ex delicto, unius solutio cæteros liberat *l.* 1. §. *si plures. de eo, per quē fact. erit*, quoniam scilicet actor petit aliquid à reo non sub qualitate pœnæ, sed ejus quod sua interest, & quod ipsi abest, quod ubi est consequutus, nihil habet, quod petit ulterius, quoniam eod. tempore eadem res sæpius abesse alicui non potest, quam rationem effectu etiam tradit Jas. *in* § *pœnales. Instit. de act. num.* 21. ubi addit post Salicet. *in l* 1. C. *de condict. furt. in fin.* quod ex causa quoque obligationum ex quasi delicto, unius solutione cæteri liberentur *per l.* 3. *de his qui deiecerunt vel effuder. argu. l. licet* 6. §. *ult. naut caup. stab* vel quia ut plurimū interesse quis suum persequitur, vel quia plerumq; ex alieno facto quis tenetur, vel quia quasi delicta etiam sola culpa constituit. Sed quia hæc ad materiam concursus pertinent, pluribus hic non attingo: illud obiter addo, quod ad hanc materiam pœnalium actionum pertineat, vulgò jactata regula, quod qui non habet in ære, ut solvere possit pœnam pecuniariam lege definitam, in corpore debeat luere: minimè autem ad debita ex causa contractuum, quod & rectè ex Dd. Jason. *in d.* §. *pœnales, num.* 43. ubi plures tradit illius regulæ limitationes, & rectè *n.* 51. reprehendit Bald. qui regulæ facit locum, si vel unus nummus desit.

XV.

Prioris generis actionum pœnalium purarum exem-

 pla

pia proponit Iustin. *in §. pœnales. 12. Instit. de action.*

Exempla tria sunt: primò actiones ex edicto contra eum, qui album prætoris, & quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum erat, corrupit *l. si quis 7. de iurisdict.* 2. actionis ex delicto, de in jus vocando, si quis eum quem non debuit, contra edictum prætoris, in ius vocavit in quinquaginta solidos *l. pen. de in ius voc.* 3. actionis ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. &c. *tot. eo tit.* de quo vide latè Jaso. *in d §. pœnales, num. 94* ubi hanc actionem distinguit ab ea, quæ est ex edicto de eo per quem fact. erit, quod videlicet hæc non sit pœnalis, sed ex delicto persecutoria. De his autem actionibus, de quibus satis multa apud Interpretes *in d. §. pœnales*, & aliis ejusdem generis, quæ plurimæ sunt, teste Justinian. *in d. §.* pleuius hic agere non est nostri instituti.

XVI.

Altera species actionum pœnalium purarum, videtur tota consumi in actionibus furti, dupli vel quadrupli.

Quod si enim percurras reliquas actionum pœnalium species, mixtas eas esse deprehendes: actiones autem furti non manifesti, vel manifesti, dupli vel quadrupli, puras esse pœnales, probant expressi textus *in l. si pro fure. §. 1. de condict. furt. l. qui vas. 48 in princ. & l. si pignore. 54. cum furi. 3. de furt.* ut nimium quā turpis sit error. Anton. Fabr. *lib. 16. coniect. c. 12* ubi scribit, in quadruplo quod petitur actione furti manifesti, iu esse æstimationem rei furtivæ, & in hoc omnes JCtos & Interpretes consentire. Et quamvis ipse hunc errorem suum agnoscat *decad. 82. error 9.* inde tamen intelligitur, quam oscitanter & perfunctoriè homo ille jura tractaverit, qui jam tum in libris illis conjecturarum censuram sibi in omnes arrogavit: & qua diligentia ille evolverit, aut textus juris aut Interpretes, qui sententiam falsissimam, expressis textibus juris damnatum, & quæ nulli unquam Interpretum in mentem venit, omnibus JCtis & Interpretibus tribuere ausus fuit: & porrò quanta fides illi homini habenda sit in aliis, quæ præfractè in commentariis suis affirmare solet, pleraq; nimirum absurda & falsa, præsertim in libris 6. prioribus conject. in quibus vix unum aut alterum caput errore vacuum deprehendere licet. Et suavis me hercule ratio est, qua *d. decad. 82 error. 8.* se antea motum fuisse ait, quod sc. in actioni furti quadrupletur simplum: cui rationi est quivis dupondius responderit. Rationem autem, & cur hæ actiones furti purè sint pœnales, reddere est difficile. Et sunt quædam ita constituta, procul dubio non sine ratione, quæ moverit legulatorem, utcunque eorum ratio nos fugiat. Constat pœnam dupli fuisse ex l 12. tabb. ut probavimus ad Treutl. *de privat. delict. th. 3* & eandem proportionem & rationem prætor in actione furti manifeste voluit observare: & scilicet existimavit satis clementer se agere cum fure manifesto, qui ex lib 12. tabb. pœna corporali afficiebat, si pœnam pecuniariam maximam, videlicet quadrupli iu eum dictasset, de quo quædam diximus ad Treutler. d. loc. si enim prætor mixtam actionem dare voluisset, ea in quintuplum, si quadruplum pœna esse debuisset, danda fuisset: Quod ratio juris constituti non admittit, ex quo nulla actio ultra quadruplum porrigitur: licet re ipsa nihil intersit, an actio quadrupli pura, an quintupli mixta concedatur. Et hinc etiam, quia prætor pœnam corporalem manifesti furti in pecuniariam mutavit, ratio sumitur, quare furtum non manifestum, tantum pœna dupli, sed manifestum pœna quadrupli coerceatur: quia scilicet marito, mutata fuit pœna corpora-

lis in

rs in pecuniariam maximam, non autem placuit prætori, aut fortassis nec commodè potuit mutare pœnam pecuniariam furto non manifesto constitutam: quinimò merito ipsi placuit, servare distinctionem furti non manifesti, & manifesti, in pœna pecuniaria, quæ antea moribus & legibus Græcorum, & inde legibus 12. tabb. in diverso pænarum genere observabatur: de quo etiam egimus ad Treutl. *supra d. loc.* & ibid. aliorum rationes examinatas refutavimus.

XVII.

Reliquæ igitur actiones pœnales mixtæ sunt, dupli, tripli & quadrupli.

Mixtas hic constat dici, quæ simul & rem quæ abest, & pœnam petunt atque adeò ubi duplum v.c. non est mera pœna, sed in eo res ipsa, vel æstimatio ejus continetur: quod in puris pœnalibus contra est. Unde duplex & elegans inter istas species nascitur differentia. Prima, quod mixta actio consumit alias persecutorias: pura autẽ pœnalis, non consumit, neque ulla ex parte per illas consumitur, *per l si pro fure 7. §. 1. de condict furt. d. l. 48 in pr. & d. l. 54. §. 3. d furt.* cujus pleniorem tractationem remittimus ad proprium locum. Secunda differentia est, quod actiones mixtæ dantur in hæredes in quantum ad eos pervenit, ad lucrum injustum extorquendum, per textus in superioribus adductos, nimirum sub qualitate persecutoriarum, ex æquitate. Sed actiones purè pœnales non possunt dari in hæredes ulla ratione nec in quantum pervenit. quin imò implicaret contradictionem, actionem pœnalem puram in id dari posse: quoniam quod ex delicto pervenit, nonnisi actione persecutoria, aut sub hujus qualitate peti potest: adeoque id peti impossibile est actione pura pœnali, in quam non venit res ipsa, ex qua post aliquid ad hæredem pervenit: utique actionem purè pœnalem sub qualitate persecutoriæ dari, ridiculum fit dicere: quod enim actio purè quoq; pœnalis lite contestata in hæredem transit, non ideò fit, quia persecutoria est, sed propria & speciali ratione, quam explicavimus in superioribus. Quod cum adeò perspicuum sit, ut etiam mediocri judicio præditus facile hoc intelligere possit, tantò turpior est lapsus Ant. Fab. *decad. 76. error. 4.* ubi, quæ actiones, inquit, comparatæ sunt ex delicto, sive merè pœnales sint, sive mixtæ, nunquam dantur in hæredem nisi in quantum pervenit. Imò verò inquam, ut actiones meræ pœnales dentur in hæredem, quatenus pervenit, impossibile est. quoniam in mera pœna nihil, quod ad hæredes pervenit, cõsiderari potest, neq; unquam pœna in hæredes descendit. Et hac de causa, ut disp. præced. dictum fuit, in casu furti admissi introducta est condictio, quæ daretur in hæredẽ; idq; bene confirmatur *ex l. 2. § ult. vi bonor. rapt.* ubi JCtus reddit rationem, quare prætor non edixerit de actione ea danda in hæredes, in quantum pervenerit, quoniam putaverit sufficere condictionem, & nimirum furtivam, quia raptor etiam furti tenetur. Errat ibid. Fab. dum putat hoc esse singulare, quod videlicet actio bonorum raptorum non detur in hæredes, in quantum pervenit: etenim, quamvis sciam hoc quoq; à Dd. communiter statui, mihi tamen non ea sententia videtur esse JCti *in d. l. 3. § ult.* quod actio vi bonor. rapt. non possit prorsus contra hæredes moveri super eo quod pervenit, sed quod non sit necessaria, & quod prætor sufficiente condictione, in specie, eam in hæredes non fuerit pollicitus: itaq; utriusq; actionis, & condictionis, & bonor. rap. quatenus continet persecutionem, concursum admitto.

Illud hic adnotandum est, reperiri actionem singularem, quæ ab objecto & persona, contra quam datur, aliquando pœnalis pura, aliquando pœnalis mixta sit: sicut

aliquando ob personam rei actio natura sua in duplum, in simplum datur, ut supra diximus de actione servi corrupti contra uxorem *ex l. ult. de serv. corr.* Accidit autem hoc in actione tigni juncti, quæ contra eum, qui ignoranter junxit est in duplum mixta, ut probavimus ad Treutl. *part. 2. de acquir. rer. dom. th* 6. sed contra eum qui sciens junxit, est in duplum pura: non obscura ratione, quoniam qui sciens jungit tignum ædibus suis, fur est, in quem ordinario jure est actio pœnalis in duplum ex L. 12. tabb. qua lege cum actio specialis de tigno juncto certis de caussis fuerit introducta, meritò ipsa quoque contra re vera furem in duplum pœnalis pure esset debet. Et de hoc casu accipienda est *l. ult. de tign. junct.* ubi Jurisconsultus, postquam actum est de tigno juncto, extrinsecus ait superesse rei vindicationem: quæ verba nullam aliam patiuntur significationem, quam quod actio de tigno juncto non consumat rei vindicationem, sed quod hæc præter & ultra eam supersit. Ideoque prorsus non est audiendus Wesembecius, qui *in §. cum in suo. Institut. de rerum divis.* pro, *extrinsecus esse rei vindicationem*, vult legi, *extinctã esse rei vindicationem*; male persuasus *ex dict. §. in suo in fin.* qui locus omninò de eo, qui ignoranter tignum alienum junxit, accipiendus est. Porrò Ræward. *ad ll. 12. tabb. c. 22.* rectè quidem existimat, superesse rei vindicationem, sed malè jam dicta verba *d. l. 2. de tign. junct.* explicat, quasi his significetur, solutum demum tignum posse vindicari, quod tunc dicatur extrinsecus, ubi non amplius ædibus cohæret: etenim longè hoc abit à verbis JCti, qui non tignum, sed actionem extrinsecus esse ait, & vult superesse rei vindicationem: quæ an detur ædibus adhuc stantibus junctòve adhuc tigno, an eo soluto, petendum est ex aliis locis, quæ ostendunt, eo soluto esse vindicationem directam, sed adhuc juncto utilem, tanquam contra eum qui dolo malo desierit possidere, *per l. qui res 98. §. ult. de solut* Et ergo nihil aliud *in d l ult.* docet JCtus, quam, actionem in rem esse extra actionem pœnalem quæ adeò pura sit pœnalis: quæ explicatio confirmatur *ex l. ut tantum 14. §. in hac 5. de serv. corr.* ubi JCtus ait, in ea actione non esse duplum extra rem, id est, esse actionem in duplum mixtam, quæ contineat rei persecutionem: quod non intellexerunt, qui ad eum locum annotant, & ita eum explicant, quod duplum non sit ultra rem, sed ipsa res dupletur: quoniam etiam in actione furti merè pœnali, ipsa res & verum ejus pretium duplatur aut quadruplatur *l. in furti. 50. in pr. de furt.*

XVIII.

Cæteræ actiones pœnales sunt mixtæ, quibus simul & quod nobis abest, & quod nobis non abest, persequimur: & vel sunt, vel ab initio & sua natura tales, vel ex post facto, & ex accidenti tales efficiuntur.

Actiones purè & merè poenales omnes natura sua tales sunt, hæc autem subdistinctio propria est mixtarum poenalium. Fiunt autem ex accidenti quodam mixtæ poenales in duplum vel quadruplum, quæ natura sua sunt in simplum, quod sequentia ostendent.

XIX.

Factum illud & accidens est duplex, inficiatio & mora. Ex illa

Ex illa actio in simplum efficitur mixta in duplũ, tum ex causa delicti, tum contractus.

Dicimus, *in causa contractus*, nam aliàs falsum esset, quod ante diximus omnes actiones pœnales esse ex delicto: neque ex contractu pœnalis actio nasci potest: nascitur itaque ex delicto, quod incidit in contractum, & facit actionem poenalem, nec producit poenalem novam, sed actioni ex contractu adjecit poenalem qualitatem, quæ alterat actionis naturam, non autem eam tollit, quia contractus est prima causa, adeoq; ipsa quoq; contractus actione poena petitur.

XX.

Ex causa contractus actio simpli fit mixta in duplum per inficiationem in casu depositi, quod vocant miserabile.

Depositum illud est, ubi res tumultus incendii vel ruinæ tempore deponitur: quod alii necessitatis appellant, quia non datur arbitrium eligendi, penes quem deponatur, sed cuiusvis occurrentis opera, urgente periculo, utendum est: ut proinde hic cesset ratio §. *pen. Institut. quibus mod. recontrah. obl.* quod quisque de se queri debeat, qui negligenti amico rem commisit: & ideò quod facilior est fallendi occasio, quia sæpius ignoti hominis fidem sequi necesse habemus, tantò gravius sancienda fuit fides & metu poenæ dupli ab inficiando absterrendus depositarius: sicut & aliàs in eum casum diligentius prospicere solent jura, in quo majus versatur periculum, Illud enim certum esse dicere, sed dupletur propter inficiationem: quo modo accipiendi sunt textus *l.* §. 1. *& in l. de eo 18. depositi*, idque docet Justin. *in §. duplum. 23. juncto §. sed furti 26. Institut. de act.* ubi ait, quod actio damni injuriæ, & depositi interdum videlicet si tumultus incendii & ruinæ causa depositum sit, inficiatione duplicentur: ex quo etiam hoc colligitur, quod actio ex deposito voluntario, nec quidem propter inficiationem in duplum detur. Quod autem juxta th. præced. ipsa actione depositi duplum exigatur, satis apparet *ex d. l. 1. §. 1. & d. l. 18. depositi.*

XXI.

Ex causa delicti fit actio per inficiationem in casu damni dati contra L. Aquil.

Attestatur de hoc Justin. *in § sed furti 26. Instit. de act.* ubi alias actiones poenales in duplum ita opponit, quod hæ omnimodo in duplum sint, scilicet natura sua, actio autem L. Aquil. inficiatione duplicetur. Licet autem ratio ipsa ostendat, verum esse quod diximus, actionem in simplum per inficiationem crescet in duplum, quia nonnisi simplum duplari potest, scrupulum tamen movere videtur, quod Justin. *in §. Vi autem 19. Instit. de act.* actionem L. Aquil. etiam extra casum inficiationis mixtam appellat, in simplum autem & mixtam esse actionem, contradictionem implicare videtur, siquidem quod mixtum est in hac materia, oportet, ut sit ultra simplum. Sed nimirum actio mixta ambiguè hic dicitur: & aliquando in significatu potentiori, ubi v. c. alterum tantum præter rem ipsam præstatur; aliquando ubi quid ultra veram æstimationem rei, & quod re vera actori abest, præstandum venit: sed & interest, an simpliciter & perpetuò tale quid veniat, annon semper. Licet ista deprehendere in actio-

in actione L. Aquil. in qua æstimatur res, non quanti est tempore damni dati, sed quanti retrò proximis 30. diebus, vel toto anno fuit: & adeò quia res æstimatur, licet pluris, non potest dici actio in duplum, & tamen quia sæpe longè plus consequitur actor, quam ipsi abest, isto sensu mixta à Justin. appellatur. Potest autem contingere, ut aliquando res retrò non fuerit plus, sed plurimi fuerit eo tempore, quo damnum accepit: & adeò cum non semper plus consequatur, actor tantò minus ista actio simpliciter, vel mixta, vel pœnalis dici potest. Illud autem improbandum est, quod Hottom. existimat *in §. his autem 9. Institut. ad L. Aquil.* non spectari retro ipsius corporis occisi æstimationem, sed ejusdem generis animalium: hoc enim repugnat verbis leg. quæ proponuntur *in d. §. 9.* & ibid. explicatur: & refragatur pronomen demonstrativum. l. D. tum etiam cum procul dubio ead. ratio sit æstimationis retrò ineunda in primo & tertio cap. explicatio utrique Hottom, ubi animal tantum vulneratum, aut rei inanimæ damnum datum est, minus convenire videtur: & tamen ne sic quidem efficitur, ut semper plus consequatur actor, si animal occisum integrum plane fuerit: quamvis sane res nimis fuerit incerta, id ad genus recurramus, siquidem & in mancipijs, equis & aliis animalibus semper aliud alio præstantius reperiatur: atque adeò juxta sententiam Hottom. occiso forte vilissimo equo, præstantissimi equi valor esset præstandus: quin & ea opinione admissa, nihil necessum esset, ad æstimationem, quæ rarò fuit, recurrere: & nimirum quisque sibi imputare habet, quod damnum dedit, neque ubique præcisa æqualitas in legibus servari potest: plane qua fieri potest, & sæpè contingit, ut res retrò plures sit, & ita actio concepta est, utcunque aliquando pluris sit tempore, quo damnum datur, idcò Justin. isto respectu pœnalem pronuntiat esse hanc actionem *d. §. 9 d. L. Aquil.* in cujus §. fine, ut hoc addam, concludere non videtur ratio Justin. his verbis: idemque constat in hæredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur: quia ex hac ratione efficeretur, quod actiones ex delicto persecutoriæ in hæredes in solidum transirent: cuius contrarium supra, & rationibus & textibus demonstravimus. Etenim verba Just. de transitione in solidum necessariò accipienda sunt, quandoquidem constat iis quoque casibus, quibus longè ultra damnum datum, ipse reus tenetur, tamen in hæredes, in quantum pervenit descendere. Quod cum quivis capiat, qui judicio utitur, tamen non cepit Hunn. ad Treutl. *p. 1. de L. Aquil. th.* 10. prorsus ineptè illum locum accipiens de actionibus transeuntibus, in quantum pervenit: etenim ut dixi ita ex verbis Justin. efficietur, quod ubi ultra damnum lis æstimatur contra reum actio in hæredes non transeat, nec quidem in quantum pervenit: quod est falsissimum. Item cum verbum, *transire*, in illis verbis Justin, *in hæredem eam actionem non transire* sine controversia idem significet, quod id verbis seqq. *quæ transitura fuisset, &c.* sequetur ex sententia Hunnii, quod actio L. Aquil. non detur in hæredes, in quantum ad eos pervenit: quod iterum est falsissimum, & contra textus tum generales, tum specialem *in l. inde 23. hanc actionem. 8. de L. Aquil.* Sed & amplius, si ratio Justin. bona esset, efficeretur, eo casu, quo res tempore damni dati plurimi fuit, actionem in solidum debere transire: quamvis ad hoc responderi possit: considerari hic naturam actionis, qualis est ex L. Aquil. ita videlicet formata, ut in plus competere possit. Verùm ad eam impugnandam sufficit superior objectio: & quod supra hac disput. tractavimus, rationem veram & solidam, cur actiones in hæredes non descendant in solidum, ex hoc solo pendere, an sint ex conventione, an ex delicto, minimè autem ad hoc sufficere, quod sint rei persecutoriæ. Neque viderur

hinc de

hinc defendi posse ratio Justin. quod in L. Aquil. non opus est dolo, sed culpa etiam levissima sufficit: ut proinde hæc actio vix propriè ex delicto esse videatur, cum ex perpetua regula nullum verum delictum sit absque dolo. Etenim semper hoc verum manet, quod utriq; jure nostro inter delicta hoc refertur, neque actio hæc ex conventione est. Eodem vitio laborat ratio JCti *in l. si pro fure 7.§.2. de condict. furt.* condictio hæc, inquit JCtus, quia rei habet persecutionem, hæredem quoq; furis obligat. Ubi iterum cogor mirari judicium Hunnij, qui cit. loc. respondet, hoc tantum dici, quod *transeat* in hæredem, sed non quod transeat in solidum, ideoque hoc tantum efficere rationem eam, ut transeat, in quantum pervenit, cur autem in solidum transeat, aliam rationem petendam esse, & nimirum ab odio furum. Etenim 1. ineptum est, odio furis hoc tribuere, quod actio in solidum detur in hæredes, quia odium est personale, neq; aliud usquam operari dicitur, nisi ut condictio contra rationem & naturam actionis, in furem detur: aut aliàs ipsa quoq; actio furti in hæredes danda esset. Deinde non minus ineptus erit JCtus, qui non ab odio furtis, sed à natura persecutoriæ actionis rationem dubitandi sumit: ut autem actio in hæredes detur, in quantum pervenit, prorsus necesse non est, ut actio sit ex delicto persecutoria. Deniq; obligari heredem furis, non potest significare, nisi quod teneatur in solidum, nam quod teneatur, in quantum pervenit, ex mera est æquitate, ut in justum lucrum auferatur. Quæ cum ita sint, fatendum est, ut alibi ita & hic JCtum non usum esse vera & adæquata ratione decidendi: nisi quis tentare velit, quod supra diximus, non uno eodemq; modo actiones ex delicto dici persecutorias: & rationem Ulp. *in d.l.7.* obtinere in hujusmodi actionibus persecutoriis, quæ nec verè ex delicto sint, & quæ magis naturam vindicationum, & condictionum, quæ sunt ex conventione, imitentur: cæteroquin non apparet ratio conciliandi *d.l. 7. de condict. furtiv. cum l.4.§.ult. cum ll. seqq. de alienat. jud. mutand.* ubi dicitur eam actionem, quamvis persecutoria sit, tamen quia ex delicto est, in hæredes in solidum non dari: quæ ratio facit, ut nec actio rer. amor. quæ persequitur, quod nobis ex patrimonio abest, in hæredes in solidum competat. Sed ut ad rem nostram redeamus, videtur amplius Justin. circa actionem L. Aquil. sibi in hoc contradicere *in §. vi autem, 19. Instit. de act.* dum ait, actionem eam mixtam esse, etiamsi in simplum agatur. Sed est idem plane scrupulus, quem in pr.th. proposuimus, & prædictis hoc addendum est, quod dicimus simplum vel oppositivè ad duplum, vel simpliciter: & actio L. Aquil. extra casum inficiationis non est in duplum, sed isto respectu in simplum est, quæ tamen alia consideratione, quatenus retro res pluris fuit, revera non est in simplum, sed pœnalis. Licet enim pœnales mixtæ illæ actiones regulariter dicantur in usu juris, ex quibus præstandum est duplum triplum vel quadruplum, tamen & illæ respectivè tales dici possunt, quæ ejus naturæ sunt, ut quoeunq; modo plus quàm abest actori persequantur. Deinde simplum rei consideramus vel simpliciter, vel relatione ad hoc aut illud tempus: illo modo rectè in simplum dicitur esse actio L. Aquil. quia nunquam egreditur æstimationem rei, licet sæpe egrediatur æstimationem, quæ fuit tempore damni dati, quo respectu dicitur mixta & pœnalis. Deniq; simplum dicimus vel rei veritate vel juris interpretatione: & hoc modo acceptum simplum rectè dicitur venire in actionem L. Aquil, quoniam in poenam damnum dantis lex fingit eo tempore rem occisam, quo pluris eo anno fuit. De illo nec dubitandum puto, quin propter inficiationem dupliciter non tantum, quanti tempore damni dati, sed quanti retro pluris res fuit.

XXII.

Hæc de inficiatione, quæ ex actione simpli facit actionem dupli. Mora quæ actionem simpli facit poenalem, vel est simplex tergiversatio & dilatio, vel contumacia & inobedientia iudicis. Propter illam actio ex testamento ad pias causas fit in duplum mixta.

Hoc ita disponit Justin. aut refert potius ex constitutione sua, quæ non extat *in §. vi autem. 19. in fin. de action.* & quod antè in legatis damnationis obtinebat, ad legata piis caussis relicta restrinxit *§. ult. Instit. de obligat. quasi ex contr. d. §. vi autem, juncto §. sed furti 26. de action.* ubi docet dilationem solam facere, ut teneatur in duplum: si videlicet, ut ibid. explicatur, distulerit quis solutionem, dum jussu magistratum conveniretur ad est, usque dum ad iudicium vocaretur. Hoc Jas. quidem obtinere ait, etiamsi nulla præcesserit interpellatio extra judicialis *in §. ex maleficiis n. 16.* hac ratione, quod pia causa, sicut & respublica utatur jure minorum, quibus ex re ipsa, & ex solo tempore tardæ solutionis sine interpellatione moram fieri constat *l. 3. C. in quib. caus. restit. in integr.* & in hoc omnes Dd. consentire ait, & nominatim reprobat opinionem quandam Angeli, qui putaverit opus esse interpellatione. Sed hoc etiam admisso, quod hac in re sit idem jus minoris & Ecclesiæ, de quo non immeritò quis dubitare possit, quoniam quod de restitutione minorum, & iure eorum dicitur, & æquiparatione cum minori, nulla necessaria consequentia ad omnes casus, & omnia privilegia, juraq; minorum trahitur: (probatur autem *ex l. sancimus 46. §. supra 4. C. de Episc. & clerio.*) tamen ea comparatio ulterius porrigi non potest, nisi ad ea & eos effectus, quos operatur mora minoribus ex re ipsa commissa, nimirum usuras fructus & periculi translationem: non autem ad eos effectus, quos non operatur mora in persona minoris, videlicet ut duplum præstetur: qui effectus cum sit specialiter introductus à Justin. in legatis ad pias causas, inepté hic instituitur comparatio inter minorem, & piam causam, quod prælertim duplum hoc est poenale, ut non debeat fieri extensio. Itaque ego contra Dd. statuo, poenam hanc dupli locum non habere, nisi prius heres extra judicium fuerit interpellatus: maximè quod sine interpellatione præcedenti non debeat quis ad magistratum vocari: quod tamen necessarium esse docet Justin. & facit pro hac sententia textus satis expressus *in l. sancimus. 46 §. ut autem C. de Episc. & cler.* ubi hæc ipsa pœna statuitur in heredes cessantes, & *in fin. §.* hæc verba subjiciuntur: quomodo utique non hic eos, qui non solum non sponte fecerint, sed tempus præterea protraxerint. & postremo impetiti ab Episcopis, ac deinde neq; ipsis statim parentes, opus habuerint etiam præsidiali exactione, dupli exactione non convenit castigari.

Notandum autem quod hæc actio est exemplum actionis crescentis in duplu ex inficiatione. itaq; adeò etiam pertinet sub eas species, de quibus actum est in præced. ut docemur *ex §. ult. Instit. de obl. quas. ex contr. §. sed furti. 26. Instit. de act.* ubi Justin. ait, quod non solum actio dupletur inficiatione, sed etiam si distulerit hæres solutionem: ut proinde accuratius hic distinguendum sit, quod actiones crescant in duplum, vel ob alterutrum tantum, inficiationem aut moram, vel ob utrumq, quamvis nulla iam occurrat actio, quæ propter moram solum dupletur. Notat autem *gl. in d. §.* quod heres qui semel negavit, pœnitendo, & postea confitendo

evadere

tradere possit hanc poenam: quod licet ibid. improbet Ias. & restringat ad eum casum, quo pia causa vult inniti confessioni hæredis, non autem suspicere in se onus probandi: tamen cum hic versemur in pœnalibus poterit fortassis poenitentia & confessio spontanea purgare hoc delictum, & heredem liberare à poena dupli: idq; procedet omnimodo, si, quod etiam gl. notat, heres habuerit aliquam non injustam omninò negandi causam, veluti quod putabat legatum, & ultimam dispositionem non valere: & illa sententia gl. confirmatur *ex Novell*.18 *c*.8. ubi Iustin. constituit, ut qui negavit chirographum suum, ob mendacium teneatur in duplum, si mendacio suo necessitatem imposuerit actori probandi numerationem: qua necessitate liberatur actor, si reus ante eam probationem susceptam confessus fuerit debitum. Atque hic quoque casus *ex d Nov*.18.*c*.8.*iuncta auth. contra qui. C. de non numer pec.* referendus est sub tractationem præced. de actionibus crescentibus in duplum ex inficiatione.

XXIII.

Ex contumacia dolosa, & inobedientia rei non parentis iussui, & arbitrio iudicis fit mixta actio, quod metus causa, quidem ex simplo fit actio, quadrupli, ita ut triplum propter contumaciam accedat.

Tradit hoc Iustin. *in* §. *Item actio* 27. *Instit. de action.* dum ait contineri hac actione, ut qui judicis jussu rem restituit, absolvatur. Hinc autem, quod actionem hanc ex accidenti in quadruplum effici diximus, consequens fit, hanc actionem natura sua esse in simplam: aut si quadruplum naturæ huius actionis inesse dixeris, ead. ratione defendam, quod tamen nemo facile admiserit, rei vindicationem naturæ sua competere, quanti actor in litem juraverit. Fuit tamen hæc actionum arbitrariarum, de quibus infra dicemus, natura, at prætor formulæ hoc ipsum adijceret, ut reus non restituens condemnaretur in quadruplum, hoc modo: si paret rem de qua quæritur, metu esse ablatam, eaq; arbitrio tuo non restituetur, iudex condemna. Atque hinc explicandum est, quod dicitur *in l. Item si* 14. §. 1. *quod met. caus.* si reus non restituat rem, in quadruplum prætorem polliceri judicium: non quod speciale & diversum iudicium post rem non restitutam daretur, sed quod duplex quodammodo esset formula, ut judex restituere juberet, & si paritum non esset, in quadruplum condemnaret: eodemq; sensu accipiendum est, quod dicitur *in d l.* 14. §. 3. *in fin.* non statim quadrupli esse actionem, sed si res non restituatur. Hinc tamen ostenditur, ipsa formula actionis quadruplum contineri: quinimò principale hoc esse, colligi non obscurè videtur *ex d.* § 27. *Instit. de action.* ubi Iustin. ait: quod natura huius actionis tacitè contineatur, ut qui rem restituit, absolvatur. Sed puto iis verbis designari naturam actionum arbitrariarum, in quibus arbitrium interlocutoriæ sententiæ habebat rationem; condemnatio autem vera vel absolutio circa aliud versabatur: itaque eo respectu, quod in omni actione principale est condemnatio vel absolutio, eo, principale in actione, quod metus causa quadruplum dici potest: ut tamen nihilominus, si intentionem præcipuam actoris consideras, & quod contumacia ex accidenti venit, & quidem post litem contest. primò in actionem tantum simplum deduci videatur. Occurrit autem hic differentia inter actionem, quæ ex contumacia, & cæteras, quæ ex mora & inficiatione crescunt: quod scilicet in hac utcunq; quis initio recuset restitutionem, si modo post lit. contestatam pareat arbitrio

trio judicis, liberatur à poena quadrupli; exteræ autem non sunt arbitrariæ, itaque si quis tempore litis contestatæ, damnum se dedisse, legatum relictum esse chirographum suum esse negaverit, magis est, ut hic frustra postea ad evitandam poenam dupli confiteatur: quando quidem quod in formula est, omninò est solvendam, nec alio præstito, nisi quod forte in locum eius ex ratio ne iuris subrogatur, reus potest liberari. Ratio autem juris veteris hæc est, ut prætor ubi apud eum reus negasset, ita formulam daret, *si apparet reum damnum dedisse, index in duplum condemna*: extra iudicialem autem negationem non nocuisse: si modo apud prætorem reus confessus esset, proculdubio verum est: atque ita limitandum erit, quod de confessione & poenitentia th. præced. diximus. Illud constare debet, poenam dupli locum habere si negetur factum, non autem, si qualitas facti, veluti si non hoc vel illo modo, si casu fortuito vel jure damnum datum esse, quis excipiat.

Sed ut ad actionem hanc *quod met. caus.* revertamur, esse eam in quadruplum mixtam, ita ut insit rei persecutio, & solum triplum sit poena, probatur 1. hac solida ratione: quoniam ipsa res venit simul in actionem, eoq; necessariò vel ipsa vel æstimatio ejus condemnatione comprehenditur, quæ non sit ultra quadruplum. 2. quod nusquam pictum aut scriptum est, præter actionem quod metus caus. ei qui metum passus est, superesse actionem rei persecutoriam, vel cōdictionem vel vindicationem quæ necessariò superesset, si actio quod metus causa esset merè pœnalis, cujus generis actio nunquam consumit persecutoriam. Facit 3. quod actio hæc in sem scripta imitatur naturam actionis in rem, & quod certo iure proditum est, datur ad restituendum, quod cum natura actionis merè pœnalis directò pugnat. Accedit 4. quod ad restituendum interponitur arbitrium judicis, & contra non parentem fit condemnatio quadrupli in pœnam non factæ restitutionis, & proinde nulli alii actioni ad restituendum locus relinquitur. Facit 5. exemplum actionis in rem, in qua itidem reus restituere jubetur, & si non faciat, condemnatur quanti actos in litem juraverit, omni alia actione pro restitutione rei consumta: quæ autem ratio est condemnatio nis in æstimationem juratam, eadem ratio est in actione, quod met. caus. condemnationis in quadruplum: nec rationis est, ut post contumaciam in restituendo hoc modo punitam, alia actio supersit. 6. facit quod vis ablata, quæ coercetur actione vi bonor rapt. longè odiosior est, quam vis compulsiva, qua coercetur hac actione: illa autem est mixta pœnalis *in pr. instit. vi bonor rapt.* 7. nulla actio pœnalis ex accidenti, est purè pœnalis, quandoquidem necessum est initio simplum esse petitum. 8. Juvat aliquid *§. ex maleficiis* 18. *Instit. de act.* ubi Justin. exemplum actionis purè pœnalis proponit solam actionem furti. 9. Sunt in hanc sententiam sextus expressi *in l. item si.* 14. *§. Sed et si.* 9. *quod met. caus.* ibi, *cum in quadruplo & simplum sit consequutus*: *& in §.* 10. ibi, *pœna usq; ad triplum fletur*: *& in §.* 11. *tripli pœna satisfacere cogitur*. Denique solidè confirmat hanc sententiam *d. §. 9. l. 14.* ubi in specie proposita, si per vim stipulatus qui fuit, cum acceptum non faceret, in quadruplum condemnatus fuerit, rectè petit promissum, & ex sententia Juliani contra exceptionem, *quod metus caus.* replicatione juvatur, quoniam scilicet promissor metu coactus in quadruplo jam simplum consequutus erat: quæ opinio stultissima & falsissima esset, si quadruplum totum esset pœna. Nec quisquam audiat tam ferreæ frontis hominem, qui omnia hæc Triboniano tribuat, aut si maximè tribui possunt, qui Tribonianum tam ineptum faciat. Hæc prolixius confirmare, coegit nos impudentia Fabri, qui *decad.* 82. *error.* 9. contra tot solidas rationes, tot expressos textus, in hac actione totum quadruplum poenam esse contendit, sed rationibus tam frigidis, ut

qui

qui eas in medium produxerit, hoc ipso refutaverit. Negat ille persuaderi sibi posse verum esse, quod tot locis expressum est *in d.l.* 14. in quadruplo rem ipsam contineri: quoniam, inquit Fab. quadruplum irrogetur in poenam contumaciæ. Inepté: nam eâd. ratione concludam, quod in rei vindicatione, in condemnatione eius, quanti actor in litem juraverit, non contineatur æstimatio rei: quoniam ita condemnatur reus ob contumaciam: & constat tamen illud esse falsissimum. Ita in actione L. Aquil. vel legatorum ad pias causas: ob moram vel mendacium fit condemnatio in duplum: & ergo juxta Fabr. sequetur, duplum esse meram poenam: quod iterum falsissimum est. Enim veró contumaciæ poena hæc est, quod condemnatio fit in quadruplum, & quod triplum additur simplo: falsum autem, quod quadruplum totum sit poena contumaciæ. Ejusdem farinæ est, quod Ant. Fab. ait, hanc esse contradictionem, in quadruplo esse restitutionem rei, & ob rem non restitutam in quadruplum quem condemnari; est enim idem Coccysmus, & petitio principii, aut inepta cavillatio: quia non intelligimus rei ipsius restitutionem, sed æstimationem ejus in quadruplo contineri. Sed audi quod mireris, & quod nunquam credas à JCto; imó vix à quadruplo profectum, & tamen profectum est ab Ant. Fabr. Admittit ille, post solutum quadruplum ex actione, quod met. caus. nullam superesse persecutionem ipsius rei per metum ablatæ: & tamen audet affirmare, quadruplum esse meram poenam: hæc nimirum certissima contradictio est. Ex certis principiis logicis contradicunt, enunciatio universalis negans, & particularis affirmans; universalis negans est, quod nulla actio meré poenalis consumat persecutoriam: quæ propositio immotæ est veritatis, & confirmatur exemplo actionis furti, & nititur invicta ratione, quod nulla actio potest consumere id, quod in eam, & in iudicium non venit, neq; condemnatione continetur: atquin in meré poenali actione, & sequuta condemnatione non venit rei persecutio: ergó impossibile est, ut actio puré poenalis consumat rei persecutoriam, aut in pura poena res ipsa vel eius æstimatio comprehendatur. Jam veró A. Fab. contendit, quod in actione quod metus caus. totum quadruplum sit poena, & simul concedit, post solutũ quadruplum nullam superesse petitionem rei: ergo statuit hanc propositionem particularem affirmantem: quædam actio meré poenalis in quadruplum, vel ex qua exigitur mera poena, consumit rei persecutionem. Hanc adcó propositionem aut falsam esse, aut contra omnẽ Philosophiam, imó contra ipsam naturam, duæ propositiones contradictoriæ simul erunt veræ. Nec est quod hic quis objiciat, axiomata Philosophica non semper reperire locum in Jurisprudentia: etenim fatebor axiomatis Physicis, in hac disciplina non semper esse locum, quippe cum illa pendeat à dispositione hominũ sed principia Logica necessum est, ut ubiq; locũ reperiant utiq; ut duæ contradictoriæ propositiones eod. iure posito simul sint veræ nulla ratio, quin nec ipsa natura efficere potest. Suave autẽ est, quod Ant. Fab. ait satis consultum esse actori, si consequatur quadruplum: etenim, satis etiam esset consultum, si simplum, vel duplum aut triplum consequeretur: sed ita everteris omnes actiones poenales: & posita actione puré poenali, non potest actori auferri hoc ius, quo minus rei persecutoriam nondum consumptam possit intentare: aut eâd. ratione concludam, quod post actionem furti, & exactum quadruplum, non supersit rei persecutio. Enim veró leges cum dant actiones poenales, non tantum indemnitati actoris consultum, sed simul delictum rei punitum volunt. Et mera somnia & nugæ sunt Ant. Fab. quod ad probandum, quadruplum esse veram poenam, affertur, actorem perpetuó re sua carere, uteunq; reus sit condemnatus in quadruplum, & aliud esse, in quadruplo rei restitutionem contineri: aliud, post quadruplum consequutum amplius agi posse. Et-

ſe. Etenim ſi hoc attendatur, quod actor adhuc re ſua caret, deberet ſupereſſe eius perſecutio, quod negat Fab. & perpetuò manet hæc ratio, quod poſt exactum meram pœnam rei perſecutio durat. Sed dum in actione pœnali rei perſecutionē ineſſe dicimus, minimè intelligimus ipſum corpus, quod abeſt actori, ſed etiā eius æſtimationē: quod accidit in omnib actionibus mixtis, velut in actione bonor. raptor. ubi reus quadruplū præſtitit, hoc ipſo rem conſequutus dicitur actor, aut eâd. ratione quis hic defenderet, quadruplum eſſe meram pœnam Et ſuo ſe jugulat gladio Fab. dum allegat cōdemnationē in rei vindicatione, quanti actor in litem juraverit: quia omninò actor hoc ipſo rem dicitur conſequutus, quā amplius nulla actione perſequi poteſt: falſiſſimum autem eſt, quod A. Fab. ait, quod qui hoc, quanti in litem iuraverit actor, conſequutus eſt, nec rem conſequutus ſit, nec æſtimationem: quod quidem principiis juris repugnat, & certiſſimis textibus, quibus conſtat per juramentū in litem æſtimari rem à domino, & quidem eius arbitrio, ex hac ratione, quæ ſæpius inculcatur, & quā alibi urget ipſe Fab. quod dominus invitus non debet cogi rem ſuam vendere juſto pretio: itaq; æſtimatio jurata eſt pretium rei, quod leges dicere domino permiſerunt.

Ineptè autem adducitur à Fabro § *quadrupli 25. d. act.* neque enim quod eodem loco coniungitur actio furti & quod met. cauſa, efficit utramque eſſe pœnalem puram: ſed comparantur tantum quod utraque ſit in quadruplum: quomodo autem, anpurè an mixtè, ex aliis locis petendum; aut eadem ratione inferam, quod actio furti nec manifeſti, & actio ſervi corrupti, item actio L. Aquil. ob inficiationem, omnes ſint meræ pœnales, quia coniunguntur *in §. in duplum 23. d. act.* utique ſupra adducti textus expreſſi & rationes fortius concludunt, quam talis collectio. Inepta etiam eſt differentiæ ratio, quam reddit Fab. in actionem furti, & quod met. cauſa, quam utramque vult eſſe meram pœnalem, ſed in hac non ſupereſſe poſt quadruplum rei perſecutionem, quæ tamen ſuperſit in illa: quia, inquit, in illa præſtatur quadruplum eò quod furtum factum eſt, in hac, quia res non reſtituitur. Etenim nihil hinc concluditur, ut propterea hic non debeat ſupereſſe rei perſecutio, ſi quod vult Faber, actio eſſet purè pœnalis: & prorſus inepta illa oppoſitio eſt. Illud movere quem poſſit, quod in ſpecie ſupra propoſita *ex l. 14. §. 9. quod met cauſ.* Labeo negat replicationem agenti ex ſtipulatu, & qui iam jam quadruplum præſtitit: ex quo quidem conſequi videtur, ultra quadruplum etiam ſimplum præſtandum. Verum præterquam quod hinc efficiatur, ultra quadruplum ſupereſſe perſecutoriam, quod ipſe Faber negat: exiſtimo Labeonem eò reſpexiſſe, quod utique ſtipulatio ex qua agitur vitio affecta, & metu extorta fuit, ut proinde ex ſummi juris ratione videatur obſtare efficaciter debere exceptio, cum agat ille ipſe qui metum intulit: & ſine dubio aliud reſpondiſſet Labeo ſi metum paſſum agere propoſitum fuiſſet, ſed tamen ſuperiora faciunt, quoniam poſt quadruplum præſtitum procul dubio agenti vim paſſo, obſtat exceptio iudicati, ex actione quod met. cauſa, ut verior omninò, contra quàm Faber putat, ſit habenda ſententia Juliani. ſed de iſtis, & quæ huc pertinentia cap. ſeq. tractet Faber, alias pluribus in exercitationibus noſtris ad Fabrum agemus.

XXIV.

Atque hæc de actionibus poenalibus mixtis & accidenti. Cæteræ ſunt mixtæ natura ſua, dupli, (*a*) tripli (*b*) quadrupli (*c*)

(*a*) Talis eſt actio de ſervo corrupto, de qua *Inſtin. in §. in duplum. 23. de Act. t. 1. d. ſerv.*

s. d. serv. corrupt. ea & mista est *l. ut tantum* 14. *§. in hac. 5. d. serv. corr.* Item actio ex edicto de publicanis in duplum *l.* 1. *in pr. d. publican.* eademque mixta *l.* 5. *§.* 1. *eod.* quæ tamen hoc singulare habet, quod licet natura sua in duplum sit, nihilominus tamē reus, iem restituendo etiam post litem contest. eviter condemnationē dupli *l.* 1. *§.* 4. *l.* 5. *in pr. d. publican.* Item, est actio in duplum ex ca usa falsi commissi, & ita delicti publici, in specie *l. hodie* 32. *§.* 1. *ad L. Corn. d. fals.* eam autem & civilem & mistam esse existimo, utcunque hoc non exprimatur: quia in dubio omnes actiones pœnales sunt mixtæ. Est ea autem actio non ex L. Cornelia, quæ publicum introduxit iudicium, sed ex constitutione aliqua fortassis vel SCto, quod etiam hoc modo in ea specie falsarium voluit puniri: an autem persecutiones criminales & civiles sese invicem consumant, est alterius tractationis.

(*b*) Videtur unica esse actio tripli, quæ contra eos competit, qui maiorem summam, ut spoitularem damno afficerent adversarium, in libello comprehenderunt *§. tripli.* 24. *d. act.* Nisi quis hoc referat casum *l. ult. C. d. his qui à non domin.* in cuius specie, qui mancipium alienum coram principe manumisit, & hoc ipsum, & alia duo mancipia alia præstare cogitur, & ita in triplum mista actione teneri videtur quamvis instar furis existimari possit teneri actione pura pœnali in duplum.

(*c*) Talis est actio vi bon. rapt. mista *in pr. Inst. vi bon. rapt.* Item actio de calumnia: quam mixtam esse probat *L. in heredem.* 5. *§.* 1. *de calumn.* & confirmavimus ad Tr. *p.* 1. *disp.* 10. *th. ult.* sed Ant. Fab. mere pœnalem esse contendit, *in rationalib. ad d. l.* 5. *& dec.* 76. *err.* 6. his rationibus. 1. quia ea coniungatur actio cum actione furti *in § quadrupli* 25. *Inst. d. actionib.* sed hanc rationem ineptam esse probavimus th. præced. 2. quia condictio & actio in quadruplum concurrunt in specie *l.* 7. *in f. pr. & in §.* 1. *in f. d. calumn.* Resp. vel cum Acc. quod hoc sit speciale, quia ibi duæ illæ actiones concurrunt contra diversas personas: vel quod ibi non significetur exactio quadrupli; sed nomen actionis ex edicto de calumn. quæ in quadruplum est sua natura, sed ut ubi jam per condictionem simplum exactum est, reus tamen in triplum condemnetur. Videtur etiam huc referenda actio in quadruplum ex nova constit, *in l. ult.* C. *ad L. Iul. rep.* videtur enim illa competere ipsis subditis, ut in magistratum, qui per iniuriam aliquid extorsit, quadruplum restituat; etenim de actionibus civilibus tantum hic agimus, ex quibus pœna ipsi actori applicatur. Itaque huc non pertinet actio in quadruplum in peculatorem *ex l. pen. ad L. Iul. pec.* nec de residuis in quadruplum *ex l.* 4. *§.* 5. *eod. tit.* nec actio in quadruplum contra executores, ex *Nov.* 124. *c.* 3. ex qua triplum fisco applicetur: atque ita immutata videtur natura eius actionis, quæ proponitur in quadruplum contra eosdem *in §. quadrupli* 25. *vers. Item d. act.* quia toto eo tit. tantum proponuntur actiones, ex quibus ipsi agenti petitum adiudicatur: atque istam mutationem juris notat *Ias. in d. §. quadrupli n.* 58. quamvis *Ioh. Fab. ibid. n.* 10. putet utramque actionem concurrere, civilem & criminalem, sed obstat ei, tum quod talis concursus actionis civilis & criminalis, utriusque in quadruplum, nusquam extet exemplum; tum præcipuè, quod iuxta *d. N.* 124. ex quadruplo simplum restituitur ei qui damnum passus est, ut non videatur alii actioni civili in quadruplum locus esse posse.

XXV.

Vltra quadruplum nulla actio extenditur.

Tradit hoc *Iustin. in §. omnes* 31. *I. de action.* & ad varias obiectiones, quas ibid proponit Acc. removendas, notandum est 1. nullam actionem excedere quadruplum eius.

DISPVTATIO VI.

DE ACTIONIBUS BONÆ FIDEI ET STRICTI IVRIS.

THESIS I.

Dictum est disputatione præced. quod distinctio actionum in pœnales & rei persecutorias, propria sit & subdivisio actionum in personam: idem & magis de divisione actionum in bonæ fidei & stricti iuris statuendum esse arbitramur.

IVSTINIANVS hanc divisionem simpliciter proponit, & ita quoque eam accipiunt Dd. qui hanc quintam vel sextam dicunt esse actionum divisionem: utique non recte aut ambigue, si ista actionum in personam est subdivisio: Quæ sententia, quod videlicet qualitates hæ, bonæ fidei, stricti iuris, actionibus in personam propriæ sit, hinc maxime suadetur, quod easdem qualitates nunquam iuri alicui in re; sed tantum conventionibus & contractibus, ex quibus descendunt actiones personales, tribui videmus. Suadet hoc etiam evidentia ipsius rei, quod effectus harum qualitatum tantum in actionibus personalibus deprehendi videntur, quod ex seqq. fiet manifestum. Quin ipsi Dd. istum sententiam probare videntur, hoc ipso, quod attestante Iasone *in §. actionum 28. h.t. num. 24.* hanc rationem reddunt, propter quamolim dubitatum fuerit, an petitio hæreditatis esset bonæ fidei actio, quia sit actio in rem, nulla autem realis actio sit bonæ fidei: Petitio autem hæreditatis recepta fuerit inter eas quæ sunt bonæ fidei, quoniam habeat multum personalitatis, id est, habeat multas præstationes personales, *sed etsi. 25. §. petitio. 18. de petit. hæred.* propter quas merito iuxta tractata disput. 2. actio mixta in rem & in perso-

nam perhibeatur. Hæc nimirum Dd. traditio omnino efficit, ut ista actionum distinctio propria sit habenda subdivisio actionum in personam: & simul removet obiectionem, quod petitio hæreditatis, quæ à Iustinian. inter bonæ fidei actiones refertur, sit actio in rem: etenim non pure talis sed mixta, & non qua in rem, sed qua præstationes personales habet, bonæ fidei actio est: quam etiam Hottom. probat *in §. actionum. 28. in fin. Institut.* Obiter addo, quod in his actionibus sint gradus, & in aliquibus bonæ fides dicatur exuberare, *argum. l. 3.* C. *pro socio.*

II.

Hanc autem distinctionem & appellationem actionum, à causa efficiente, & ipsa nimirum conventionum diversitate originem trahere verius est.

Sunt qui existimant hoc modo tantum ipsas actiones non etiam contractus appellandos esse: & utuntur in hanc sententiam specioso argumento, quod appellatio actionum bonæ fidei, non aliam causam habeat, nisi formulam, cui prætor inserebat verba, *ex fide bona:* idque patet ex iis, quæ ex *Cicer. 3. offic. & in Topic. & ex Boetio* scribit Hottom. *in §. actionum. 28.* Verum 1. ipsi contractus bonæ fidei dicuntur *l. in bona. 13. C. de pact. l. 3. C. in quibus caus. in integr. restitut. l. 3.* C. *de reb. credit. l. eum qui 21. de donat. l. mora. 32. § in bona de usur. l. ex emptor. 11. alias. l. emptorem §. ult. de act. empti.* & aliis innumeris locis. Deinde fatebor quidem proxime à formula dictas esse actiones bonæ fidei, quin amplius & hoc admittam, quod hinc ad contractus appellatio ista transierit: sed hoc contendo (in quo errat *Anton. Fab. dec. 89. err. 4.* qui totam vim differentiæ & diversitatis arcessit à clausula) quod ipsa conditio natura & qualitas conventionum causam dederit prætori, ut latiorem potestatem permitteret iudici, & istam clausulam ex fide bona, formulæ adiiceret. Ita enim comparatum esset existimo, ut quidam contractus ex æquitate conventionis recipiant latiorem interpretationem, quidam autem non recipiant: & propterea in illis quædam veniant præstanda, quæ verbis non fuerunt expressa, quæ tamen præstari æquum bonum est, *arg l. 2. de oblig. & act. & in fin. tit. Institut. de obligat. ex consensu.* ubi dicitur in iis contractibus alterum alteri obligari in id, quod alterum alteri ex æquo & bono præstari oportet: In his autem nihil nisi quod expresse conventum est, *l. quicquid. 99. de verborum obligat.* aut ipsi naturæ contractus præcise inhæret iuxta *l. 3. de reb. cred* ex qua referente Iason. *hic num. 54.* quidam obiectionem moverunt contra id quod iam dictum est, & quod videlicet etiam in stricti iuris iudiciis veniant quædam non expressa: etenim quod ipse notat Iason. hoc ex ipsa natura contractus descendit, ut eadem bonitate res restituatur, cum ne aliter sine manifesta iniuria creditoris possit Hæc nimirum diversitas conventionum fecit, ut prætor actionibus modo strictam formulam præscriberet, quam excedere iudici fas non esset: modo inserta clausula, ex fide bona, iudici potestatem faceret pronuntiandi super iis quæ alterum alteri præstare æquitas suggerebat, §. *in bona. 30. in princ. Institut. h. t.* quoniam conditio contractuum requirebat, ut etiam præstarentur aliqua, conventione non expressa, & ut etiam magis attenderetur, quod actum ta-

cire

cite iuxta naturam conventionis credebatur, quam quod dictum esset & expressum: & hoc ex officio judicis mercenario, quod ex æquitate supplebat à contrahentibus omissa, itaque tantundem operabatur in his contractibus & actionibus, quantum V.C. in stipulatione expressa verba, ut eleganter scriptum est *in l. quia. 7. de negot. gest. in l. Lucius. 24. circa fin.* (ibi, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio) *depositi.* Non rectè itaque Theoph. descripsit stricti iuris actiones in §. *in bona h. t.* his verbis: *ἐπὶ τῶν ςρίκτων ἐπειδὴ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος.* Significant enim hæc verba, in his actionibus, observari *τὸ ἀκριβοδίκαιον*, quod *Aristot. 5. tit. 10.* summum, & strictum ius, & ut Comicus ait, summa iniuria est. Aliud vero est observari ius strictum & summum; aliud observari præcise formulam prætoris: quamvis fieri possit, ut hæc ratione aliquando per nimium rigorem æquitas offendatur: veluti dum nihil admittit, nec ullam exceptionem iudex extra formulam, de qua post. Et ex his removetur obiectio ex Interpretibus proposita *à Iasone numero 3.* & putide repetita *à Coraj libr. 2. miscell. cap. 8.* quod hæc divisio non habeat membra & differentias oppositas. Jason. quidem ait hanc esse vim distinctionis, quod in aliis actionibus magis eruberet bona fides, in aliis minus: neque novum est in iure nostro, ut divisa differant tantum secundum magis & minus: & idem expeditius dicendum fuisse ait, quod actiones aliæ sint largi iuris, aliæ stricti iuris: non usque adeo inepte, si rectè explicetur: rectè etiam Johan. Fab. non tam in verbis, quam re ipsa & effectu oppositionem consistere ait. Sed nimirum veteres rationem antiquam dandarum actionum & formularum ignoraverunt: quæ si attendatur, in ipsis quoque verbis oppositio est: quod scilicet in quibusdam actionibus iudex stricte sequitur formulam, in aliis vero indicat extra formulam quoque: quæ membra & in verbis & in rebus oppositionem habent: sicut nec in actionibus tantum, sed in conventionibus quoque oppositio est, quod in quibusdam multa veniant præstanda ex æquo & bono, in quibusdam non nisi quæ verbis expressa sunt, aut naturæ contractus insunt, ut paulò ante diximus, *ex l. 3. de reb. cred.* Et res expeditior est, si cum Donello ius explices pro potestate: quod in quibusdam actionibus iudex habeat laxiorem potestatem: in quibusdam quasi constrictam & adstrictam: quod etiam vulgatissimo loco Senecæ *ex lib. 3. de benefic* confirmari solet. Ex hac autem thesi infertur non videri verum, quod *Iason in h. §. num. 2.* notat ex quibusdam, omnes contractus initos cum principe, habendos bonæ fidei contractus: sicut eadem ratione aut falsum aut obscurum est dictum Baldi: quod ibidem *num. 4.* refert & probat Jason. omnes contractus mundi esse bonæ fidei, quantum ad mentem & substantiam intentionis.

III.

Actiones bonæ fidei omnes enumerantur in sæpe d. §. actionum. 28. Instit. h. t.

Communissima hæc sententia est, quod præter ibi enumeratas cæteræ omnes actiones sint stricti iuris: eaque opinio confirmatur 1. ex prolixa illa & accurata plurium actionum enumeratione, quam non fecisset Imperator si tantum exempla proponere voluisset. 2. quia hoc ipso titulo variis locis, dum

Justinian. enumerat aliquas actiones exempli loco, semper adjicit aliquam clausulam, ex qua constet, ea tantum esse exempla: veluti *in §. in personam.* 8. postquam recensuisset aliquas actiones prætorias personales, subjicit, *& alias complures*: in §. *pœnale*. 12. post relatas quasdam pœnales actiones, subjicit, *& alias innumerabiles*: in §. *in simplum* 22. post enumeratas quasdam actiones in simplum, subjicit, *ex aliis quamplurimis caussis*: facit quod in §. *rursus*. 5. ubi de actione rescissoria remittit nos ad libros D. ex quibus aliis quoque casibus præter ibi relatos hanc actionem competere intelligamus: cuiusmodi clausula nulla apparet in nostro §. sed Justinian. ait, actiones bonæ fidei sunt hæ: ut appareat, eum omnes enumerare voluisse, neque enim adiecit particulas, *uti*, *veluti* &c. sed nec ullam descriptionem addidit, nec actionis ullius stricti iuris mentionem fecit: quorum vicem, perfectam eam enumerationem voluit facere. Facit 3. quod etiam necessarium fuit singulas enumerare: neque enim sicut constat, quæ sunt actiones personales, quæ pœnales, quæ persecutoriæ, quæ in simplum, ita etiam constare potest, quæ actiones sint bonæ fidei, cũ hoc magnam partem à dispositione iuris civilis pendere videatur: & tamen cum magni hoc sit effectus, ne vagemur in incerto, utilissimum est, determinationem esse certam, quænam actiones bonæ fidei sint censendæ: neque dubium est, quin istam definitionem hauserit Justin. ex veteribus Jurisconsultis, ex quibus institutiones pæne totas compositas esse constat. Sed varia obiiciuntur exempla actionum, cum eo §. omissæ bonæ fidei esse videntur, de quibus distinctius est agendum.

IV.

Et ergo actio fin. regund. non bonæ fidei, sed stricti iuris actio est.

Omissa enim est in nostro §. nec ad aliquam ex ibi enumeratis referri potest. Duo autem sunt quæ dubium facere videntur: tum quod *in §. 20. Instit. de actionibus*, de hac actione dicitur, quod adiudicationes fiant ex bono & æquo: tum præcipue quod affinis maximè videtur actioni fam. ercisc. & communi divid. cum quibus etiam coniungitur in *d. §. quædam. 20.* & ob hanc affinitatem iam olim à quibusdam inter actiones bonæ fidei relatam eam fuisse gloss. refert. Sed liceat hoc quodammodo retorquere: quod ficut in d. §. 20. finium regund. actio coniungitur cum act. fam. ercisc. & communi divid. quod scilicet & ipsa mixta est, & in ea fiunt adiudicationes, itemque *in l. 1. §. 1. C. de annal except* cum iisdem, quod & ipsa 30. annis perimitur: ita quoque procul dubio adiecisset eam Justinian. cæteris duabus in §. nostro, si ipsam quoque bonæ fidei esse censuisset. Reddenda autem est ratio diversitatis, quam glossa hinc sumit, quod in ista actione procedatur rigidius, & adiudicetur alteri aliquando quod pure est meum: in cæteris autem duabus actionibus adiudicetur alteri quod simul pro parte eius est: utique enim in hac actione non dicit quis rem esse communem sed fines suos sibi asserit, iuxta notat. supra disputatione secunda: ubi etiam ostendimus, quod hæc actio principaliter sit pro rei vindicatione. Sed ratio ista, si penitius examinetur, nihil ad

istam

istam rem concludit, ut tanto magis hæc actio quam cæteræ stricti iuris esse debeat: cum præsertim adiudicatio ea, de qua gloss. rarius, & tantum in casu necessitatis fiat, ut colligitur ex §. *ult. Institut de off. iud.* atque ita pene præter naturam actionis, quam ut late satis tractat *Ias. numer. 71. & seqq.* metimur ex intentione & petitione actoris, qui partem fundi suam esse, sibique adiudicari & restitui petit. Ideoque rectè iam olim Johannes Fab. eam rationem improbavit, & hanc reddidit, quod actio fam. ercisc. & commun. divid. nascantur ex societate & communione, & proinde easdem præstationes habere debeant, quas actio pro socio, quæ bonæ fidei est: cui rationi *Ias. num. 78.* ita opponit: dicis, inquit, quod actio famil. ercisc. est bonæ fidei exemplo actionis pro socio: at dic, cur actio pro socio magis bonæ fidei est, quam actio fin. reg. ita incidit in Scyllam, cupiens vitare Charybdin. hactenus Jason. Sed inepta obiectio est: quoniam constat, quod actio pro socio sit bonæ fidei, itaque bona ratio est concludendi, illas quoque bonæ fidei esse debere, quæ eiusdem sunt naturæ: cur autem actio pro socio, à qua remotior est actio fin. reg. cum cæteris in hoc §. enumeratis, bonæ fidei sit, alia quæstio est, & ad eam specialis ratio quærenda: nec quisquam dubitat, quin optima ratione, cum in societate sit quædam fraternitatis species, & multa incidant, quæ specialiter exprimi omnia non possunt, actio pro socio inter bonæ fidei actiones referatur. Et tanto ineptior est ista obiectio, quod Jas. jam dictæ quæstionis nullam aliam rationem reddere potest, quam quod ita placuerit legislatori. Porro actio fin regund. qua personalis, magis ex delicto esse videtur, quam ex quasi contractu *arg. §. pen. vers. eo quoque Institut. de offic iud. & §. item si. 3 Instit. de obligat. quasi ex contract.* in quo non refertur hæc obligatio ex qua nascitur actio fin. regund. sed tantum ex qua oriuntur actiones familiæ ercisc. & communi divid. Prorsus autem nihil facit §. *quadam 20. Institut. de act.* neque enim quod ex æquo & bono adiudicationes fiunt, inde inferri potest, actionem esse bonæ fidei, & quod in hoc similis est actionibus bonæ fidei, comm. divid. & fam. ercisc. (quamvis nec omnimodo in hoc similis) minime efficit, ut propterea etiam bonæ fidei sit: cum præsertim minime probatum sit, hanc esse qualitatem bonæ fidei actionem: ut fiant adiudicationes: videri tamen fortasse possit hæc actio arbitraria, de quo videbimus forte disp. seq.

V.

Infertur hinc porro quod actio ex testamento non sit bonæ fidei: sed stricti iuris.

Actio hæc, ut obiter hoc addamus, nascitur ex quasi contractu, & ex additione hæreditatis. §. *hæres. 5. Instit. de O. q. ex contr.* quoniam adeundo censetur se obligare ad præstanda quæ defunctus iussit: & est illa ipsa actio quæ dicitur legatorum, hodie tamen etiam competens pro fideicommissis post *l. 2. C. comm. de legat.* quæ olim tantum extraordinaria persecutione petebantur. Et hæc obligatio ideo inducenda fuit, quoniam legatarii nihil contraxerunt cum defuncto, & obligatio ista incipit ab hærede *l. hæreditariarum. 40. de O & A.* in cæteris enim caussis ex quibus defunctus obligatus fuit sufficiunt & dantur eædem actiones contra hæredem quæ competebant contra defunctum: ut proinde non leviter errent, qui actionem ex quasi contractu contra hæredem etiam credito-

ribus hæreditariis proprie dictis competere putant, de quo alibi tractatur. Thesis autem ista probatur, quoniam hæc actio non enumeratur in nostro §. nec alia, sub quam referri possit. Ratio autem dubitandi est, quod præstationes & qualitates bonæ fidei actionum hoc quoque inesse videntur, & videlicet circa præstationem usurarum, quæ ead. ratione in hac actione legatorum & in bonæ fidei iudiciis præstantur *l. usura 34. de usur.* eademque utrobique moræ ratio & idem effectus est, *per l. 3. C. in quibus caus. in integr. restitut. &c.* etiam quoad præstandos fructus, ut probatum est ad *Trentl p 2. de legat. thes. ult. lit. h.* ubi prolixius tractatur ex quo tempore in hac actione præstentur fructus. Communissima hic responsio est, quod hæc actio eodem iure utatur pro bonæ fidei iudicia, quo ad usurarum & fructuum præstationem, sed non ob id plane sit bonæ fidei, quoniam hoc in multo pluribus effectibus positum est. Et sane actio quæ nec ex administratione aliqua, nec ex conventione nascitur, non potest censeri bonæ fidei: neque enim quasi contractus qui hic intercedit, eo pertinet, ut hæres aliquid cum legatario gessisse intelligatur: sed magis præsumta illa ex iure obligatio est, quod ut diximus, hæres adeundo se obstringit ad facienda quæ defunctus voluit. Cæterum stricti iuris hanc esse actionem probatur 1. ex *l. alias 6. iuncta l. praced. §. ult. de in lit. iurand.* ubi idem ius statuitur in actione ex testamento & ex stipulatu, quod in utraque in litem non iuretur, & quidem ex hac ratione, quoniam non iuretur in litem in stricti iuris iudiciis. 2. adducit pro hac sententia Angel. in §. nostro, textum *in l. si tibi homo. 68. §. pen. de legat. 1.* quod in actione ex testamento unus ex heredibus, etiamsi totum possideat, partem tamen præstando liberetur, de quo & an ista sit qualitas actionum vel conventionum stricti iuris, postea, circa differentias istarum actionum dicemus. 3. facit textus ex adverso adductus *in leg. 1. C. in quibus caus. in integr. restitut.* ibi, *in bona fidei contractibus & fideicommissis & legatis*: quæ verba ostendunt actionem legatorum, licet quoad usuras & fructus bonæ fidei imitetur naturam, tamen bonæ fidei non esse: quoniam ut Iason. rectè num. 7. copula ponitur inter diversa. 4. facit quod cum ex caussa contractuum bonæ fidei quibus locus certus adiectus est, etiam alibi, actione pura uti liceat, nec arbitraria opus sit, *l. in bona 7 de eo quod cert. loc.* ubi tamen hæres certo loco qui dare iussus fuit, alibi, sicut ex causa mutui stipulationis vel constituti actione arbitraria opus est *l. 3. d. tit.* Itaque in summa hæc actio est stricti iuris, sed in aliquibus habet naturam actionum bonæ fidei, vel sapit naturam earum actionum: quas propositiones à quibusdam pro diversis habitas inter se convenire, rectè ait Jas. num. 13. Addit autem ibid. num. 14. eandem esse rationem actionis ex donatione mortis causa, adducta *l Seian. 42. de mort. caus. donat.* quam etiam eo refert Accurs. ibid. dicens, quod iudicium ex donatione mortis causa sit simile bonæ fidei iudicio, idque confirmat per *l. 3. C. in quibus caus. in integr. restitut. &c.* ut videatur respexisse ad constitutionem novam Justin *in l. ult. C de mort. caus. donat.* per quam donationes mortis causa & legata prorsus inter se exæquata esse videntur. Cæteroquin alia longe sententia videtur *d l. 42.* in qua JCtus distinguit, an institutum fuerit iudicium singulare rei vindicationis l an vero petitio hæreditatis, in quo tanquam universali iudicio tractetur de interponenda cautione, quæ, ut post dicemus in bonæ fidei iudiciis præstari solet: quam explicationem Accurs. ibid. olim quorundam fuisse annotavit atque ita textus ille probabit, quod petitio hæreditatis etiam olim à quibusdam habita fuerit bonæ fidei actio, nec ob id falso sibi hoc arrogare Justinianus arguetur, si definivit & certum

tum

tum fecit, quod ante controversum erat; Sed de sententia d.l.42. infra fortasse dabitur plenior tractandi occasio, ubi agetur, an exceptio doli opposita, facit judicium bonæ fidei.

VI.

Hinc autem, ut hoc quoque adspergamus, argumentum sumi potest, quod hæc qualitas, bonæ fidei non sit actionibus substantifica vel essentialis.

Ponimus hanc th. contra *Gudd. de contrahenda stipulatione c.8. concl.1. num.8. Forsterum de action. disput.1. thes.4.* Quod si enim ita esset, (quia actiones essentia sua iuris gentium sunt, & quod adeò à iure civili est, non nisi accidentale actionibus esse potest) distinctio hæc non iuri civili sed iuri gent. adscribenda esset: utcunque enim hoc quoque iure non ead. sit omnium contractuum natura, effectus tamen, qui ab illis qualitatibus bonæ fidei & stricti iuris, iure nostro dependent, ad ius gent. plerique certe referri non posse videntur; & alias qualitates hæ essent incommunicabiles speciei oppositæ: cuius contrarium ostenditur tum ex actione legatorum, de qua th. præced. tum ex actione ex stipulatu pro repetenda dote, quam sine controversia stricti iuris, Justin. ut bonæ fidei esset, effecit *§. fuerat. 29. Institut. h.t. l. un. C. de rei uxor. act.* dum videlicet ipsi attribuit præstationes bonæ fidei actionum: quæ etiam pleræque à forma intrinseca contractuum non descendunt: neque dubium est, quin hoc lege sanciri possit, ut in actione ex stipulatu, usuræ & fructus ex mora: quin hi etiam citra moram præstentur & facit denique, quod idem Justinian. constituit, ut sublata dubitatione priori, petitio hæreditatis inter bonæ fidei actiones referretur *§. actionum. Institut. h.t. l. ult. inf. C. de petit. hered.* & tanto certius hæc sententia procedet, si cum *Cuiac. libr.5. obs.17* quamcunque actionem stricti iuris opposita exceptione doli bonæ fidei effici dixeris, de quo post dicemus.

VII.

Porro ex his quæ th. 4. & 5. dicta sunt, inferendum videtur quod etiam actio funeraria non bonæ fidei, sed stricti iuris actio sit.

Etenim non est enumerata in hoc nostro §. & ista præcipue actio communissimam illam sententiam dubiam réddere videtur: difficile enim est, ut hæc actio non debeat videri bonæ fidei: non tam quod dicitur esse ex bono & æquo *in l. etsi. 14. §. hac actio. 6. de religios.* quam potius quod dicitur ead. *l. §. idem Labeo. 12. in fin.* judicium hic solutius æquitatem sequi, cum hoc ei natura actionis indulgeat, ex quo efficitur, iudicem formulæ adstrictum non esse: Item quod in *dict. leg. 14. §. sed interdum. 7.* iudex addictus huic actioni arbiter vocatur, quod non temere leges de iudice in stricti iuris iudiciis. Suavis hic est Hunnius qui *lib.4. resp. 2. q. 8.* hac ratione vult probare, quod actio funeraria sit stricti iuris: funeraria, inquit, actio certam persequitur summam edicto præfinitam, scilicet quantum funeris caussa sumtus factum erit. Etenim non est existimandum,

dum, certam quantitatem vel summam à prætore definitam fuisse, sed prorsus generaliter edixit prætor, iuxta *leg. si quis 12. §. 2. de religios.* eius nomine, quod funeris caussa impensum sit se iudicium daturum, ut fortè probabilius sit in formula huius actionis nullam certam quantitatem expressam, sed taxationem iudicis officio permissam fuisse, per textus modo citatos: quod magis naturam actionis bonæ fidei quam stricti iuris sapit: sed & inepta consequentia est, hæc actio persequitur certam summam, ergo est stricti iuris quia non tantum circa summam principalem, sed etiam & magis circa necessaria officium iudicis versatur. Forte dici posit, hanc quoque actionem esse quodammodo mixtam, & aliqua cum bonæ fidei iudiciis habere communia, neque tamen totam bonæ fidei esse. Sed superest alia ratio huius rei expediendæ, quam etiam vidit accuratus Iurisconsultus *Timaus Fab. lib. 1. annot. cap 3.* Nimirum intelligendum est: ita solas esse bonæ fidei actiones quæ enumerantur in nostro §. ut excludantur quæ ab iis omnino sunt diversæ, non autem quæ qualitatibus & adiectionibus tantum ab iis distinguuntur, aut tanquam species sub genere comprehenduntur. Etenim dubio procul non tantum directæ actiones ex ibi enumeratis bonæ fidei sunt, sed etiam contrariæ, quod & post Dd. notat *Iason. numer. 69.* itemque actiones utiles: quod tanto minus habere dubii potest, quoniam Iustinian: utitur generali nomine actionum, quod & directis & utilibus commune est: sed & amplius actio V.C. exercitoria, institoria, quæ contra proponentem vel exercitorem ex emtione vel alio contractu bonæ fidei cum institore vel magistro navis celebrato datur, bonæ fidei erit. Ex quo etiam defendam, actiones subrogatas eiusdemque conditionis, bonæ fidei quoque censendas esse: veluti actionem pro tutelæ, quæ datur contra eum qui pro tutore negotiâ gessit, (licet post *Dyn. Iohan. Fabr. dissentiat. Ias. num. 70.*) eo etiam argumento, quod usuræ veniunt ex mora *l. 1. § pen de eo qui pro tut.* licet enim ibi non fiat mentio moræ, quod Iason. movet, tamen cum non nisi ineptè possint intelligi usuræ promissæ, utique ex mora debitas esse oportet: & verba Iurisconsulti, quod in protutelæ quoque iudicio usuræ veniant, hanc sententiam habent, quod sicut verus tutor ex mora tenetur in usuras, ita & multo magis etiam falsus tutor debeat teneri. Et hinc contra eosdem *Iohann. Fabr. & Iason. num. 17.* defendam quod etiam fideicommissaria & bonorum possessoria hæreditatis petitio sint bonæ fidei, quippe quæ species sint petitionis hæreditatis, quum indefinite proponit Iustinian. in nostro §. & cum eædem præstationes sint istarum quoque petitionum, neque inter eas occurrat sufficiens diversitatis ratio, pariter omnes species erunt bonæ fidei. Et hanc porro actio bonæ fidei etiam sub ea qualitate dabitur ad id, quod pacto in continenti adiecto continetur: quoniam, ut alibi tractatur, pactum tale inest contractui, & partem contractus facit, eoque ipsam quoque contractus actionem informat, amplius & extendit: idque rectè statuunt *Iohan. Fab. & Iason. num. 97.* ubi refert gloss. dissentientem, hac ratione, quod actio contractus subrogetur in locum actionis præscriptis verbis quæ est stricti iuris. Verum 1. verius est contra quam putant Citramontani, ex pacto in continenti adiecto contractui non nasci actionem præscriptis verb. de quo alibi agitur. 2. admissa etiam illa sententia, non est hæc actionis subrogatio, sed utriusque actionis concursus, ex diversa & propria causa, præscriptis verbis quidem, quatenus contractus tanquam datio vel factum consideratur: actiones autem ex contractu, quatenus huius pars efficitur, & ei inest, & ut loquitur JCtus *in l. 7.*

§. Qui.

§. *Quin imo* 5. *de pact.* actionem ipsam format, & adeo necessario actionem contractus, quandoquidem actio præscript. verb. cum nova sit & ab actione contractus plane diversa, pacto formata dici non potest: qua de re non est hic agendi locus. Illud vero nec dubitari debet, quod actio positi semper sit bonæ fidei, etiamsi agatur ex causa depositi, quod vocant miserabile vel necessarium, contra quam referente gl. olim putavit Iohannes. Iam ut ista accommodemus ad propositum nostrum & quæstionem de actione funeraria, defendi ex præmissis potest, eam esse bonæ fidei, & comprehendi sub actione negot. gest. cuius videlicet tantum sit qualitas & adiectio. Nimirum qui impensas in funus fecit, quasi cum ipse defuncto contraxisse fingitur *l.1.d.religios.* aut cum herede, siquidem id fecerit post aditam hereditatem: cuius contractus non aliud genus intelligi potest, quam gestio negotiorum: eique rei hæc sunt argumenta. 1. quod sicut actio negot. gest. vulgaris non datur nisi ei, qui impendit animo repetendi, ita quoque obtinet in actione funeraria *l.14.§.7.in princ.de religios.* 2. quia funerans dicitur negotium gessisse *d.l.14.§.fortassis 9.de religios.* ibi, *ut quis propter. quasi negotium gerens, &* §. *si quis.11.ibi quasi alienum negotium gerens.* 3. per *d.l.14.§. idem Labeo 13.* illis verbis, *iudicem non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius, &c.* quæ verba manifeste ostendunt, hanc actionem revera esse negot. gest. sicut & res ipsa ostendit, eum negotium gerere, qui in funus impensas facit.

VIII.

Dubitatur, quid de actione vel actionibus præscriptis verbis sit statuendum.

Iustin. in § nostro duos casus vel species actionis huius refert, quæ sint bonæ fidei, eius quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione competit: ex quo loco, cæteras actiones & cæteris casibus stricti iuris esse, concludunt Dd. & concludunt sane bona ratione: quippe quod alias Iustin. nonnisi inepte duas illas species nominatim enumerasset, si in universam actionem præscriptis verb. bonæ fidei esse putasset, quod paucioribus verbis & simplicius exprimere potuisset: nec ulla ratio dari potest, propter quam in specie duorum tantum casuum meminerit Iustin. si omnibus casibus actio præscriptis verbis sit bonæ fidei: itaque in istis terminis omnino locum habet quod vulgo iactatur, inclusionem unius esse exclusionem alterius. Nec deest ratio specialitatis, quam ex Dd. refert *Iason n.13. tum ex l.1.de æstimatoria actione.* ubi ICtus ait, dubitatum olim fuisse, an illa conventio esset emptio an locatio, an mandatum: qui omnes contractus cum sint bonæ fidei, merito quæ dubitationis tollendæ causa introducta fuit præscriptis verbis actio, bonæ fidei censeri debet: tum ex *l.1. de contrah.emt.iuncta l.1 de rer.permut.* qui textus ostendunt magnam affinitatem emtionis & permutationis, ita ut Sabiniani permutatione rerum emtionem & venditionem contrahi existimarint *d l.1.de contrah.emt.§.item pretium.2. Instit. de emt.* initio certe res ipsæ permutatæ, antequam esset nummus, pretii loco fungebantur: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscr. verb. locum non reperiunt. Ab hac tamen receptissima sententia discessionem facit *Hottom.in §.hoc nostro* & plenius *in coniunctura sua de præscript.verb.* ubi simpliciter actionem præscr. verb. bonæ fidei esse contendit, quem sequutus est *Iust. Meter. in collegio Argentinensi de præscriptis verbis th.14.n.6.* Ratio eorum prima

& præcipua hæc est quæ sumitur ab affinitate & similitudine contractionum, ex quibus nascitur actio præscript. verb cum iis conventionibus ex quibus nascuntur actiones bonæ fidei: quoniam do ut des, simile est emptioni facio ut des vel do ut facias, locationi facio ut facias, mandato: ut docet *l.5.§.1.2.& 4. de præscript. verb.* Idque 2. confirmatur in specie quod actio præscript. verb. habeat similitudinem cum actione emti & venditi *l.5.§.1 & l.6. de præscript. verb. l.6. de rescind. vend.* item locati conducti *d.l.5.§.2.l.1.§ si quis.9. depositi l.si olei.21.C.locati. l.si merces.25.§ vis maior.6.D.eod.l si convenerit.23. communi divid.* item cum actione mandati *l.5.§.4.l si tibi.13.in princip. & §.1. de præscript.verb.* item pro socio *d.l.13.circa fin.l.si margarita.44. pro soc.* item depositi. *l.si gratuitam.§.2. de præscript. verb.* item commodati. *d.l.si gratuitam 17. in princip. iuncta l.1.§.c. commodati.* Ex quibus 3. ita concluditur: si quo casu pecunia data emtio est, eo re data permutatio & actio bonæ fidei est: consequenter ead. ratione eo casu quo re data facio ut des vel do ut facias contrahitur, quo alias pecunia data locatio esset, etiam bonæ fidei actio erit: quoniam qua proportio est permutationis ad emtionem, ead. videtur esse contractus do ut facias ad locationem, & contractus, facio ut facias, ad mandatum: Cum præsertim, ut post dicemus, permutatio nihil aliud sit quam contractus do ut des. Confirmatur hoc, quod diversitas hæc, an sit res an pecunia, licet distinguat contractum nominatum ab innominato, quod merum est accidens, non tamen videtur variare posse veram essentiam contractuum, neque efficere, quod omnia ut contractus sit stricti iuris propter hoc solum quod species data est, qui alias interveniente pecunia bonæ fidei fuisset: & ubi ex iure gent. V.C. depositum commodatum vel locatio contrahitur. (neque enim ex hoc iure distinctio contractuum nominatorum & innominatorum descendere videtur,) eadem natura actionis esse quoque debet; cum nec solida occurrat ratio diversitatis, propter quam qualitates actionum prorsus debeant variari, ubi subtilis aliqua & positivi juris ratio prohibet contractum esse nominatum. Hæc argumenta non speciosa tantum sed ponderosa quoque esse videntur: quibus tamen ista fortassis non absurde reponi possunt. 1. quod minime omnes species contractuum innominatorum sunt affines contractibus nominatis, aut ita & satis affines, ut propterea bonæ fidei esse debeant, neque enim ad hoc quælibet affinitas & similitudo sufficit, neque propter aliquos casus à regula est recedendum. 2. Quod qualitates illæ & affectiones, bonæ fidei, stricti juris, non tam à jure gent. quam potius sint à iure civili, quod fortassis tantum nominatas actiones voluit esse bonæ fidei, quæ certam formulam haberent, qua destitutæ videntur fuisse actiones præscriptis verbis de quo forte aliquid dicemus infra, ubi de ratione appellationis præscriptis verbis actionum: actio autem æstimatoria & permutatoria quodammodo nominatæ esse videntur. Confirmatur hoc & tertio, quod actio præscript. verb. est indeterminata vaga & incerta, variis casibus accommodata, quod omnino abest à natura actionum quæ descendunt ex contractibus nominatis, qui maxime sunt certi & determinati. 4 facit, quod contractus innominatos solum sustinet synallagma, negotium videlicet & causa, iuxta *l.7.§.2. de pact.* ut proinde satis visum fuerit actionem concedere alteri, ne contra fas & æquum moretur in damno, non autem visum fuerit in laxam & plenam & bonæ fidei concedere actionem: permutatio autem æstimatarius contractus, ut diximus, sunt pene contractus nominati, juxta *& 1. de contrah. emt. l. 1. de æstimator.* Ex quo puto defendi posse, quod actio ex con-

ex contractu emphyteutico sit bonæ fidei, quoniam ante Zenonem partim pro emptione partim pro locatione habita fuit, §. *adeo. 3. Instit. locati.* 5. Rationibus illis opponimus textum in §. nostro, in quo Iustin. inepte expressisse duas tantum species, si totum genus actionum præscriptis verbis bonæ fidei esse putasset. Neque ferri potest quod Hottom. *in d. sua coniectura de præscriptis verbis*, respondet, Iustinianum actionem æstimatoriam & permutatoriam non ad restringendum, sed potius ad explicandum & dilatandum subiunxisse; etenim hæc responsio procedere non potest, nisi ex hac hypothesi, quod de his duabus actionibus potior dubitandi ratio fuerit, ut nimis viderentur esse bonæ fidei, quam quæ ex cæteris articulis proficiscuntur: ita enim dici posset, dubitationis tollendæ causa has expressas fuisse, ut intelligeremus, non tantum cæteras actiones præscriptis verbis, sed etiam has bonæ fidei esse. Hæc autem hypothesis absurdissima est & falsissima, quoniam omnino constat has duas actiones magis quam cæteras bonæ fidei existimandas esse.

Præter relata fundamenta plures alias rationes adducit Maierus, quibus paucis etiam respondendum est. Prima illarum est. Ubi arbitrium iudicis præcedit condemnationem, ibi actio non est stricti iuris sed potius bonæ fidei, atqui in actione præscript. verb. arbitrarium iudicis præcedit condemnationem; ergo &c. Respond. in maiori non esse bonam connexionem, quippe ex dubia & fortassis falsa hypothesi, quod arbitrariæ actiones sint bonæ fidei: ad has etiam descriptio ista pertinet, & actiones arbitrariæ sunt, in quibus ante condemnationem iudex super aliquo arbitratur, ut patet ex §. præterea Inst. de actionibus utique pleræque arbitrariæ ex delicto & in rem sunt, actiones autem bonæ fidei omnes sunt ex conventione, de quo agemus disp. seq. nec facile quis dixerit, actionem quod metus causa Publicianam, Servianam, confessoriam, esse actiones bonæ fidei. Sed assumptio argumenti, quod actio præscript. verb. arbitraria sit, minime vera esse videtur, & quod sciam, à nemine hactenus affirmata: quæ nec probatur ex *l. ob eam 9. de præscript. verb.* quoniam alternativa, *ut aut promissa præstentur, aut condemnatio sequatur*, non ita accipienda est, quasi iudex arbitrario & iussu speciali primo conventa impleri iubeat, sed quod nisi reus ultro volenti actori satisfaciat, condemnetur quanti interest actoris: quomodo comparatum est in omnibus actionibus, ut reus satisfaciens liberetur: quo sensu omnia iudicia dicuntur esse absolutoria *in §. ultim. Instit. de perpet. & tempor. action.* Nec recte adducitur *l. 4. C. de rer. permut.* quoniam si quid probare debet, efficietur, quod in actione præscript. verb. interponatur arbitrium iudicis de restituendo rem acceptam: ita enim verba habent: præscriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod dedisti, causa non sequuta restituatur: hoc autem fuerit perabsurdum, quoniam diversis actionibus utrumque persequimur, præscript. verb. in specie dicta, & condictione causa data, ita ut electio sit eius qui dedit: velut hoc explicandum est ex *l. 5. §. 1. de præscript. verb.* ubi JCtus docet, ex articulo do ut des nasci actionem non ut reddatur quod acceptum est, sed ut damnetur alter, quanti interest: (quæ est actio præscr. verb) vel si quis velit suum recipere, repeti possit quod datum est. Et hinc quoq; commode explicanda est *l 5. C. de rer. permut.* etenim actio de præsc. verb. ad interesse datur, *d. l 5. §. 1.* sed ut proculdubio reus ante litē contestatā omnimodo, postea a. volenti actori satisfaciendo liberetur: & loquitur *d. l. 5. C. de rer. permut.*

 de præ-

de præside, qui aditus à partibus extrajudicialiter potuit monere reum ut servet fidem: (& tempore Diocletiani, cujus est illa constitutio, jam extra ordinem præsides ipsi cognoscebant) cæteroquin ex ratione juris veteris, ubi prætor formulam dederat super eo quod interest, amplius invito actori offerendo rem ipsam vel faciendo, reus non poterat liberari. Alterum argumentum tale est, quod actio ea bonæ fidei sit, in quam non deducitur certa quantitas vel res: atquin talis est actio præscript. verb, qua petitur interesse. Resp. Majorem non posse esse universalem, quoniam ex stipulatione de faciendo actio est itidem ad interesse, non ad certam quantitatem. Et licet concedatur quod vult Hottom. in §. nostro, in actiones bonæ fidei non deduci certam summam, de quo postea, tamen propositio non est convertibilis ut propterea omnis ea actio sit bonæ fidei, in quam non venit certa res vel quantitas. Sed & contradicit hæc ratio priori, siquidem in actionem arbitrariam in qua præcedit jussus de restituendo, ipsam quoque rem venire necesse est. Et hinc etiam tertiũ argumentum corruit, quod, ut ait, utique actio præscript. verb. quæ ad faciendum competit, si bonæ fidei, quoniam competat ad interesse, & actio ad faciendum dissolvatur præstatione ejus quod interest.: quamvis etiam ex articulo do ut des, actio ad interesse sit *d. l. 5. §. 1. d. præsc. verb.* neque apparet ratio cur magis bonæ fidei censeri debeat actio quæ est ad faciendum, quam quæ ad dandum: sed & ex obligationibus faciendi non ad ipsum factum agitur, sed ad ipsum interesse, & factum tantum est in præstatione usq; ad litem contestatam, post quam reus faciendo invito actore liberari non potest. Quarta ratio est: actio quæ descendit ex bona fide, est bonæ fidei: atqui quædam actio præscr. verb. ultra eam quæ de æstimato & ex permutatione competit, descendit ex bona fide: quod probatur *l 2 §. 2. in fide precar.* ubi actio præscr. verb. quæ pro restitutione precarii competit dicitur esse ex bona fide. Resp. in propositione majori committi fallaciam homonymiæ: quoniam hæc distinctio actionum de qua agimus, non est sumta à causa efficiente: *& in d. l. 2. de precar:* oriri ex bona fide, nihil aliud significat, quam quod bona fides æquum & bonum suadeant, ut precarium acceptũ bona fide restituatur: prorsus ut *in l. 2. §. 1. & 2. eod. tit.* interdictum ipsum vel actio in factũ ex eo competens, dicitur habere naturalẽ æquitatem: itemque ut condictiones aliquæ dicuntur esse ex bono & æquo *l. in summa. 45. §. 4. & l. seq. 66. de cond. ind.* quas tamen actiones nemo hactenus dixit esse bonæ fidei: quin & eo sensu condictio ex mutuo possit dici esse ex bono & æquo. Et frustra adducitur *l. un. §. sed et si. 2. C. de rei ux. act.* est enim eadẽ homonymiæ fallacia, neque si in d. §. *ex bona fide descendere*, significat actionem esse bonæ fidei, necessum est ubique ita ea verba accipi: quin imo male ex phrasibus Iust. hac de re statuitur, quippe quem constat imperite & barbare sæpe locutum esse: & ut dictum in distinctione hac, bonæ fides & strictum jus, non tam causam efficientem, quam potius qualitatem & formam actionum designant & est eadem subtilitas & elegantia in eo dum ibidem ait Tribon. actionem ex stipulatione stricto jure esse vallatum: quod *Donell. in h §. n. 15.* ita explicat strictis limitibus esse inclusam: qui ibidem n. 12 *actionem descendere ex bona fide*, putat dictum [illegible] id est, ex contractu, qui est & dicitur bonæ fidei. Sed frustra laboratur in defendendis hujusmodi phrasibus, quibus nec I Cti alibi abstinent, veluti *in l. domum. 57. in fi de contr. empt.* quamvis rectè Donell. ibi suspicetur manum Triboniani: & satis dure *Paulus. 2 sent. 17.* in eo contractu, qui ex bona fide descendit. Quinta ratio est: actio in factum verbis temperata, ut bonæ fidei

mentio-

mentio fiat, est bonæ fidei atquin talis est quædam præscriptis verbis actio ultra eam quæ est de æstimato & ex permutatione: ergo, &c. Resp. neutram propositionem videri veram: non minorem, quoniam actio illa in factum non est præscr. verb. sed subsidiaria prætoria subrogata in locum actionis doli, quæ ipso quidem jure competeret, sed propter qualitatem personæ negatur. Major etiam vera non est, aut itidem laborat fallacia homonymiæ: Neq, enim ita bonæ fidei mentio fit in ea actione, ut peccator adiiciat formulam, *ex fide bona*, sed ut ne actor dolum arguat, verum perinde ac si dolus abfuisset, & bona fide secum actum fuisset, intendat: ut hinc appareat vitium consequentiæ: fit mentio bonæ fidei ab actore, nec arguitur dolus rei, ergo actio est bonæ fidei: quoniam alio sensu hoc accipitur in hac distinctione actionum, cæteroquin actio doli subsidiaria vanis quæ datur in patrem, patronum & alios honestiores viros, & dicitur in factum, semper esset bonæ fidei: quod vel ideo falsum est, quia actio ista in factum proculdubio imitatur naturam actionis contractus ejus, in quo dolus intervenit. Sextum argumentum est: ex omni negotio civili bona fide gesto, citra verborum nuncupationem & solennitatem, est actio bonæ fidei: atqui præscriptis verbis actio est ex tali negotio: ergo, &c. Resp. majorem non posse esse vera alias etiam condictio certi ex mutuo esset bonæ fidei: & iterum hic est fallacia homonymiæ, quoniam actiones nec propter bonam fidem à contrahentibus adhibitam bonæ fidei, neque propter intervenientem dolum stricti juris hoc sensu efficiuntur: neque dubium est, quin V.C. actio ex empto sit bonæ fidei, utcunque dolus incurrat. Septimum argumentum est, quod in contractibus innominatis, qui producunt actionem præscript. verb. usuræ debeantur ex nudo pacto, quod proprium est bonæ fidei contractuum per *l. initio 5. C. de pact inter. emptor.* cum in stricti juris contractibus tantum ex stipulatione debeantur, *l 3. C. de usur.* Resp. ex hoc argumento etiam admisso non effici actionem totam esse bonæ fidei, utcunque unam ejus qualitatem eamque minoris momenti habeat: quod de actione ex testamento supra notavimus. Sed & singularis casus est *d. l. 24.* in qua conventio tota in eo posita est, ut quicquid tum ex sorte, tum ex reditibus pecuniæ datæ penes alteram superfuerit, Titio restituatur: itaque non consideratur id de quo agitur tanquam usura, sed tanquam principale, quod penes alterum exisitit: ubi autem usuræ tanquam principale deducuntur in pactũ, per quod ipse contractus innominatus constituitur, utique peti poterunt actione præsc. verb. quod secus fuerit, si petantur tanquam accessiones ex pacto speciali, quod à contractu distinctum & separatum est: & in nostris terminis contractus innominati ita ponendus esset casus, ut conventum fuerit hoc modo: do tibi centum, ut servum tuum manumittas, & simul præstes usuras: quo forte casu defendi possit, usuras actione præscriptis verbis non peti. Amplius in *d. l. 24.* actio præscriptis verbis non descendit ex aliquo quatuor illorum articulorum, qui proponuntur *in l 5. de præscriptis verb.* sed magis est extraordinaria, & quasi in subsidium accommodata, cum actio mandati aut pecuniæ creditæ, ut sibi disputat ICtus, commode non reperiat locum eoq, totius sit, agere præscriptis verbis, quod consilium passim dant Iurisconsulti, quoties dubium est, an actio nominata & ordinaria competat, quoniam jure veteri in eligenda actione non sine periculo peccabatur: & tentari vel admitti fortassis possit ejusmodi casibus qui admittere videntur actionem bonæ fidei, actionem præscriptis verbis, securitatis causa ab actore electam & propositam, tanquam subrogatam, a-

ctionis bonæ fidei naturam imitari. Denique tentaverim usuras ex pacto quoque peti posse, ubi hoc vere contractui inesse potest: mutuo autem pacta quantumvis statim adiecta, non insunt, ut ostendimus ad *Treutler. pag. 1. de pact. thes.* 10. stipulatione ubi insunt, fiunt pars eius, eoque non tanquam ex pacto, sed tanquam ex stipulatione debentur: eoque cum in specie *d. l. 24 de præscript. verb.* pactum adiectum traditioni ipsum contractum constituat, utiq; usuræ quoque peti possunt. Octavum argumentum à Maiero proponitur his verbis: hæc actio ex pacto nascitur non quidem solo sed traditioni aut contractui bonæ fidei adiecto: in negotiis bonæ fidei duntaxat nascitur ex pacto in continenti adiecta actio, non quod ex nudo pacto nascatur, sed quod nascatur ex pacto cui accessit traditio, vel quod accedit traditioni: hactenus ille. Hæc argumentatio obscurior est, quam ut eam satis intelligam: nam si intelligit actionem quæ nascitur ex contractu bonæ fidei per pactum formato, vel ex pacto bonæ fidei contractui adiecto, hæc aut est actio contractus & bonæ fidei, ut supra diximus, aut actio præscript. verb. & committitur petitio principii: illud enim utique falsum fuerit, si quis omnem actionem ex pacto traditioni adiecto nascentem, bonæ fidei esse affirmare velit. Nec quicquam huc pertinet, quod pacta adiecta tantum bonæ fidei contractibus insint ad agendum: præterquam enim quod hoc dubium est, de quo egimus ad Treutler. d. loc. utique tantum procedit in pactis quæ adiiciuntur contractibus iam formatis; ubi autem traditio informis est, pactum adiectum ipsum contractum innominatum constituit, & ubi nihil aliud obstat, sola actio præscript. verb. nascitur, sed non ea propterea bonæ fidei: illa enim vitiosa fuerit illatio: ex pacto adiecto bonæ fidei contractibus nascitur actio: ergo non nascitur actio ex pactis, quæ aliis traditionibus adiiciuntur: vel, ego quæ ex iis nascitur actio est bonæ fidei. Postrema ratio his verbis ab eo proponitur: quod cum melius & tutius sit agere actione præscript. verb. quam quæ cum ipsa concurrit bonæ fidei actione, vix fit, ut illa quoque non sit bonæ fidei. Respond. vel quod tantum casus sint aliqui singulares, quibus illa dubitatio occurrit, & quibus fortassis iuxta iam dicti admitti possit actionem præscript. verb. esse bonæ fidei: vel potius malam esse consequentiam, quia non tam est actionum subrogatio, quam concursus, velut hoc ipsum argumentum proponitur: nihil autem absurdi est, si actio bonæ fidei & stricti iuris concurrunt: quin nec istud necessario sequitur actio subrogata est in locum bonæ fidei actionis, ergo & ipsa est bonæ fidei. Sed de his plus satis: illud fatem addo, non satis me intelligere, quid sibi velit Maierus dum eodem loco duplicem significationem stricti iuris actionum latam & strictam agnoscit *lib* 19. *Pandect.* 14 *th* 14 *num.6.* ubi ait non congruere veritati iuris, ut actio præscript. verb. sit stricti iuris, nisi latius accipiamus, verba illa stricti iuris, ut omnes actiones non bonæ fidei iis contineantur, quomodo vulgo quidem usurpentur, sed non in iure civili. Etenim omnino ita iure civili accipi & usurpari puto, ut quæcunque actiones ex conventione descendentes non sunt bonæ fidei, illæ sint stricti iuris: & alias Iustin. distinctio in hoc §. nostro à vitio excusari non posset: & amplius contradicit sibi Maierus, dum statim actiones præscript. verb. bonæ fidei esse contendit.

IX.

Ergò bonæ fidei sunt actiones omnes, quæ nascuntur ex contractibus consensu constantibus.

Atque

Atque ita actiones ex emto vendito, locato, conducto, pro socio, utrinq; directæ, mandati directa & contraria, sunt bonæ fidei: quarum singularum naturam & præstationes ut hic exequamur, nostri instituti nō est. Illud obiter noto, quod circa actionem locati post alias tractat *Iaſ.n.19*. de actione oneris adversi (ipse sive typographus inepte scripsit, oneris adversi) an ea quoque bonæ fidei sit. Sed ignoravit ille cum aliis, quid esset oneris aversi actio, videlicet species quædam actionis furti, ut docet *Cui.lib.7.obſ.39*. & est ille turpis error Iasonis qui ad probandum illam actionem pariter tanquam de una re & actione tractantes textus, adducit *l. in navem.31.locatio.* in qua est mentio actionis oneris aversi scilicet ex delicto, ideoq; nec bonæ fidei nec stricti juris: & *l.opus.36.eod.* in qua omnino est actio locati vulgaris, ubi opus faciendum locatum fuit non in pedes, & mensuras, sed in universam una mercede in totum opus constituta, quod ICti nostri vocant locare per aversionem: quam phrasim & modum loquendi, locare vel vendere per aversionem, collatione aliorum locorum explicavit Ant. Augustinus: prorsus autem inepta est confusio, oneris aversi, & locationis per aversionem.

X.

Item bonæ fidei sunt actiones ex contractibus realibus, iisque tùm veris (*a*) tum quasi (*b*) itemque tum nominatis (*c*) tum innominatis. (*d*)

(*a*) Veluti commodati, depositi, pignoratitia proprie dicta: hypothecaria enim & Serviana sunt in rem. (*b*) veluti tutelæ, negotiorum gestorum, communi dividundo, famil. ercisc. etenim causæ & quasi contractus, ex quibus hæ actiones nascuntur sunt reales. (*c*) Eædem nimirum illæ quæ referuntur sub lit. a. (*d*) Nimirum juxta tradita th.8. duob. calib. ubi res æstimata vendenda data fuit: & ex permutatione. An autem dantis an accipientis illo casu periculum sit, non est hujus loci tractare, & de eo actum est *ad Treutl.p.1.diſp.nlt.* & eodem loco ratio reddita, cur permutatio dicatur contractus innominatus, itidemq; contra Dd. vulgo & aliter sentientem Ant. Fabrum probatum, quod permutatio sit nihil aliud quā contractus do ut des, atq; ita actio ex permutatione, quam Iustin. bonæ fidei esse docet nulla alia sit, quam actio præscript. verb. ex articulo do ut des, & consequēter ad interesse, juxta *l.5.§.1.de praſcr.verb.* Et nimirū hic ineptit & nugatur *Ant. Fab.dec.83.err.5.* dum tradit, si eo pacto de permutando quid datum sit, esse actionem præscript. verb. sed non ad interesse incerti, verum certi, quæ ita intentetur, ut vel fides servetur, vel res restituatur: quæ sicut & alia multa ibid. tradita, falsa & erronea sunt, quæ interim tanquam per indicem referemus. Et falsum est 1. quod actio præscr. verb. detur ad restituendū. 2 falsum quod una eademq; actio competat ut fides servetur vel res restituatur: quoniam hoc petitur propria actione, condictione. 3 falsum quod ad variandam actionem intersit an pactum de permutando præcesserit nec ne, quoniam hoc accidentarium & extrinsecum est. 4. falsum quod hoc casu ubi pactum præcessit, non nascatur condictio causa data. 5. falsum quod specialem præstationem & propriam habeat actio ex permutatione, quam non habeat actio ex articulo do ut des, videlicet ut fides servetur: quoniam ad hoc dicitur agi per tropum quendam, eo quod agitur ad subrogatum, quod scilicet interest, & succedit in locum eius quod præstandū fuit: veluti ex obligationibus faciendi agitur ad interesse quod subrogatur in locū facti

& in

& in l.4.& 5.C.de rer. permutat. istud,ut fides servetur, opponitur restitutioni rei,quæ non actioni præscriptis verb.*l* 5.§ 1.*de prescript.verb.*sed condictione petitur 6 falsum est,quod actio præscript verb intendatur sub alternatione, 7. falsum,quod ista actio sit certi: quin imò omnis actio præscript. verb. extra casus singularissimos,cuiusmodi videtur esse *in l.8 de prescript verb* incerti est, 8. falsum quod actio præscript.verb. ex articulo do ut des sit stricti juris. 9. falsum quod per incerti civilem actionem non possit intelligi condictio incerti. 10. falsum quod actio præscriptis verbis incerti sit stricti juris : neque enim ad hanc qualitatem facit conditio obiecti,quod petitur , certum sit an incertum : imo potius naturæ stricti iuris actionis convenit petitio certi,quippe in qua iudex est adstrictus formulæ: qua de causa Hottom.in nostro §.existimat , quod in actione bonæ fidei semper petamus in certum. Tam multos errores Anton.Fab. uno capite,& eo non toto,sed tantum eius aliqua parte effudit , quibus plenius refutandis proprium locum distinguimus , exercitationes videlicet nostras ad Fabrum quæ propediem,si Deus dederit,lucem videbunt.

XI.

Illud autem hic quæritur , cur istæ actiones potius quam reliquæ,& hæ solæ,non etiam aliæ sint bonæ fidei.

Non una huius rei ratio afferri solet : & Iohan.Faber post alios, quem etiam refert *Iason.num.*17. hanc reddit,quod contractus: ex quibus hæ actiones descendunt, sint magis frequentes & quotidiani. Sed hæc ratio non immerito reprobatur à Ias.quoniam cum hæc distinctio sit iuris civilis,hoc utique stipulatio frequentissima,& omnino mutuum frequentissimus contractus est : & ex adverso V.C.negotiorum gestio traditio rei æstimatæ ad vendendum,non usque adeo frequentes sunt contractus. Quod si à necessitate rationem petas,nulla videtur conclusionis necessitas ? & mutuum utique vel maxime in commerciis necessariis esse videtur:& contractus pignoris ut plurimum mutuo accessorius, bonæ fidei est. Existimaverit fortassis quispiam, à causa efficiente, an videlicet cōtractus sit juris gent.an juris civilis,rationem huius distinctionis petendam esse. Sed utiq; mutuū Iurisgent. & tamen stricti juris est:neq; quod mutuo stipulatio adiici solet,sufficere potest ad variandam qualitatem contractus, quod præsertim nec semper hoc fiat,& mutuum per se subsistens contractus sit; & stipulatio frequentissime aliis contractibus adiecta,eos propterea stricti iuris non facit:quin & contractus innominati Iurisgent.esse videntur,quamvis non satis determinatam habeant naturam. Porrò Hottom.in nostro § *actionum. Inst. de act.* petit à mutua vicissitudine obligationis, ut videlicet conventiones hæ sint fidei, ex quibus utrinque nascitur obligatio:quod accidit vel ab initio , ut in emptione locatione & societate , vel ex post facto & ex accidenti,veluti propter expensas factas aut damnum acceptum, ut in mandato,deposito,commodato, pignore,administratione tutelæ & negotiorum gestione. Et quamvis hæc quoque non videtur concludens,ut à mutua obligatione inferamus contractum vel actionem esse bonæ fidei : Res esse ipsa tamen & exempla confirmant hanc sententiam:quoniam omnes jam enumerasse conventiones,& ex iis nascentes actiones bonæ fidei sunt: & quæ stricti iuris sunt,velut mutuū,stipulatio,tantū ex uno latere obligant : ut tamen

tamen unus hic experiendus sit contractus innominatus do ut des, ex quo descẽdit actio bonæ fidei, eoq; impedit ne converti possit hæc præpositio & affirmari, ex omni contractu qui ex uno latere obligat, nasci actionẽ stricti iuris. Plane dubitari vix potest, quin veteres Romani sive Legislatores sive J Cu, certa aliqua ratione moti & persuasi fuerint, ut ita definirent, & has bonæ fidei, illas stricti iuris actiones esse, statuerent, sed sæpe fit, ut nos lateat ratio: quod etiam hic accidisse putat post alios *Ias. num.* 17. & recurrendum censet ad *l. non omnium, de legibus*, nec aliam hic rationem quærendam esse, quã quod ita placuerit priscis prudentibus. Et tamen quoad contractus consensu constantes, ratio sumi potest ex supra dictis, & scilicet ex *l. 2. de oblig. ex consens. & ex fin. tit. Institut. de obl. ex cons.* quod in his casibus alter alteri obligetur non in id damnum quod verbis expressum est, sed amplius in omne id, quod utrinque præstari æquum est. Quod si ita est, necessario formulam actionis & iudicis potestatem latiorem & laxiorem esse oportuit: & si quis naturam istarum contractuum emtionis, locationis & societatis, penitius consideraverit, facile deprehendet, eos ita comparatos, ut omnia quæ præstari æquum est, & ut omnis captio frausque absit, initio & verbis contractus sigillatim & exacte contineri nequeant: ut necessariò admittendum fuerit, quasi arbitriũ quoddam boni viri, qui ex æquo & bono & bona fide rem totã dirimeret. Et omnino latius patent horum contractuum fines: sed contra angusti sunt termini, mutui & stipulationis, & eorum contractuum paucæ præstationes: quod etiam cõsequens est naturæ stipulationis, cujus essentia nudis & solis verbis absolvitur. In cæteris realibus contractibus qui bonæ fidei sunt, non ea quidẽ est finium latitudo, quæ in contractibus consensu constantibus, neq; tamen adeo angusta est, sicut in mutuo & stipulatione: &, qua ratione Hott. utitur, utrinque nascitur obligatio, videlicet ex post facto, si quid forte alter damni sensit ex re accepta, vel impensas fecit: de quibus cum initio non tractetur, neque propter incertitudinem aut propter ignorantiam contrahentium tractari commode possit, vel ob hoc bonæ fidei actiones esse debent: quoniam æquum bonum & bona fides hoc exigunt, ut alter qui rem accepit indemnis conservetur: adeoq; ratio *l. 2. de oblig. act.* huc quoq; non inepte accommodari posse videtur. Sed & ead. æquitas suadet, ut & ipse qui depositum V. C. vel commodatum accepit, laxius teneatur. Atq; hinc admiserim, dari hic gradus, neq; omnes bonæ fidei actiones æqualiter tales esse, neq;, quod ex seqq. patebit, qualitates omnes & effectus, qui ab ista distinctione fluunt, æqualiter omnibus actionibus inesse. Prorsus enim consideranda est natura cujusq; contractus, quæ facit, ut pro latitudine vel angustia finium modo plures, modo pauciores effectus reperiant locum, & alii sint communes, alii proprii & speciales.

XII.

Et ergo ipsa quoque contractuũ qualitas causam præbuit huic distinctioni quã tradit ius civile. (*a*) Quæritur a. an effectus huius distinctionis & qualitates specierum istarum iure vel pacto mutari vel tolli possint. (*b*)

(*a*) Illud nimirum affirmatur secundum quid, quod videlicet ipsa natura cõventionum suadeat, ne in actionibus inde descendentibus uno eodemq; modo procedatur: ideoq; etiã hodie sublatis formulis, nec adjecta amplius clausula, *ex*

fide bona: res ipsa & effectus durat: quoniam durat ead. qualitas conventionum, durat & ius quod propter eam constitutam est. Plane si ad speciem & particularia descendamus, quædam qualitates aut non, aut non æqualiter à natura contractuum repeti possunt, sed ad ius positivum civile referuntur V.C. ut ead. necessitate constringuntur partes æqualiter in omnibus conventionib. omnia exprimere, nec cuiusquam rei nisi qui expressa est, ratio habeatur, naturæ contractuum & ipsi iurigent. non convenit: cæteroquin quæ processum concernunt, veluti quod exceptiones dicuntur inesse bonæ fidei judiciis, quod unus heredum rem possidens in solidum teneatur, magis sunt iuris civilis: quin nec minus in mutuo, quam locatione possent usuræ deberi ex mora (*b*) Decisio huius rei pene dependet ex iam dictis: ut videlicet quæ ex natura contractuum descendunt, citra absurditatem & iniquitatem iure aliquo vel consuetudine non recte mutentur vel tollantur, cetera a. omnino tolli & mutari possint, quoniam citra absurditatem adesse & abesse possunt, cum præsertim ius positivum aliqua iurigent. derogare possit per *l 6. de iust & iur.* Et id tamen ita, ut ponantur termini habiles: V.C. quod quibusdam casib. usuræ debentur ex solo tempore tardæ solutionis in compensationem fructuum, quos alter percepit *l. 2. C. de usur l. curabit. 5. C. de act. emt.* salva æquitate vix mutabitur: cum alias nihil probibeat, circa ista accessoria, usuras, fructus, &c. de iure constituto aliquid mutari ut tamen hoc nominatim & certo definiatur: quoniam cum distinctionis propositæ in §. nostro plurimi sint effectus nec exigui momenti, coniectura hic aliqua aut collectio non necessaria non potest sufficere, maxime in iis effect. qui sunt aut propius absunt à natura contractuum: quod præsertim nisi in specie ostendatur mutatio, semper futuri simus in incerto, quæ differentiæ sint sublatæ, ubi nihil afferri potest, quo totam istam distinctionem abrogatam esse probetur. Itaq; proculdubio errant, qui iure Canon, omnes canones bonæ fidei esse opinantur, neq; tamē ullo textu discerte hoc adstruere possunt nam qui provocaverit ad illud vulgarum, quod ius Canon. omnia damnet quæ possunt fovere peccatum, puerili se errore implicaverit, & commiserit non semel supra notatam fallaciam homonymiæ: quoniā in hac distinctione bona fides non opponitur dolo, & illa huic opposita in omnibus contractib. requiritur. Eodem errore implicantur, qui iura consuetudinario, omnes hodie contractus & actiones bonæ fidei esse putant: cum tamen consuetudo vel maximè indigeat probatione. Nec puto quisquam ostenderit, in praxi ita observari, ut omnes actiones eo iure utantur, quæ illæ olim, quas bonæ fidei appellamus. Planæ quæ differentiæ & qualitates à processu dependent, illæ veteri procedendi ratione mutata, simul necessario sublatæ sunt: quod illustri hoc exemplo ostēditur: quod sc. in stricti iuris actionib. exceptiones nullas admittere poterat iudex, nisi quæ nominatim formulæ fuissent insertæ, & tamen hodie decantatum & protritum est, quod in quibuscunque iudiciis & actionibus, exceptiones usque ad sententiam recte opponantur, de quo plurib postea. Ex quo vel solo patet, quam imprudenter labantur, qui indistincte has qualitates & differentias referunt ad substantiam contractuum. & cur canonico iure non sit sublata ista distinctio hanc rationem fere unicam reddunt, qui non sit eo iure sublata contractuum substantia: prorsus eos, qui indefinite ad huiusmodi quæstionem respondent, tripliciter errare est necesse. Et hinc quoque decidenda quæstio est an & quantum pactiones contrahentium possint ad variandas has qualitates, & nunquid ex actione stricti iuris bonæ fidei actionum, & vice versa facere possint: qui in re itidem errare necesse est, quia in genere & simpliciter vel negant vel affirmant: etiamsi de istis differentiis & qua-

lita

litatibus tractetur, quæ fluunt à natura contractus & conventionis: quoniam constat naturalia contractuum pacto mutari posse, modo ponantur termini habiles, ut videlicet pacta sint utilia: qua in re illa distinctio necessaria est, an illud circa quod versatur pactum, possit obtineri etiam ope exceptionis, an tantum beneficio actionis: illo casu efficax erit pactum, hoc tum demum, si insit contractui: quod ex vulgata disputatione, quæ & quibus contractibus insint pacta, repetendum est. Sed & alia hic distinctione opus est, videlicet, an qualitas aliqua pendeat à jure publico nec ne: illa enim pacto non potest tolli, eoq; frustra quis ex ratione juris veteris convenerit, ut in stricti juris judiciis judex pedaneus admittat exceptionem formulæ non insertam: hæc vero poterit, maxime si tantum accidentalia & accessoria cōcernat: itaq; hactenus actio bonæ fidei actione non quidem prorsus transformari & transmutari, sed tamen poterit alterari: quod ex qualitatibus seqq. evidentius apparebit.

XIII.

Iudex igitur (in qua præcipua & generalis differentia istarum actionum consistit) in bonæ fidei judiciis liberam habet potestatem judicandi, non tamen omnino vagam & indeterminatam, sed intra quosdam limites coercitam.

Potestas illa est ex clausula, videlicet immediate, quoniam principalis & prima causa est à natura contractuum & jure constituto. Apparet 1. ex *Cic. 3. offic* quod nō præcise clausula illa, *ex fide bona*, sed etiā aliæ æquipollentes fuerint insertæ: & quod propria quædam & specialis clausula adiecta fuerit actioni rei uxoriæ, *quod æquius melius* ex eod. Cic. & textib juris nostri confirmatur: hinc n. explicandos esse tex. *in l. pen. § ult. sol. mat. l. si cum. 82. in fin. de sol. l. 6. §. 2. de iur. dot.* monuimus ad *Tr. p. 2. disp. 7 th. 4. lit. f.* Recte 2. observavit Don. majorem libertatem vel incertitudinē istius facultatis olim fuisse, ex eod. Cic. iam dd. locis: sed postea quantum liceret judici, tractationib. & disputationib. ICtorum pene videtur fuisse definitum: ut tamē nihilominus recte dicta fuerit potestas libera, oppositive ad stricti juris judicia. in quib. nihil extra formulam judex poterit. Et tamen semper illa facultas limites suos habuit & habet, quod etiam Iaf. ex Dd. notat, qui determinarentur æquo & bono, juxta *§. in bona 30. in pr. de act.* & fide bona *l. 5. in pr. de obl. & act.* qui scil. termini sūt ejus in quod alter alteri obligatur *in f. tit. [illegible] st. de obl. ex consens. l. 2. in fi. de obl. & act.* cuius tex. collatio eum *d. l. 5. in pr. eod.* ostendit eodem modo accepta à Caio hæc duo. *obligari in id quod ex æquo & bono, & quod ex bona fide præstari oportet*: non quod æquum & bonum, & bona fides sint unum & idem, sed quoniam hoc quod bona fides præstari iubet, illud præstetur æquum & bonum est, sicut non minus id, quod præstari expresse placuit *arg. l. 1. de pact. & l. 1. de const. pec.* & porrò quod præstari æquum bonum est in illis contractib. eius quoq; à judice rationē haberi, & partibus adiudicari fas est: quo respexit ICtus *in d. l. 5. in pr. de obl. & act.* esse actionem de eo quod alterum altera ex bona fide præstare oportet: quoniam videl. hic actione ipsa & officio iudicis continetur.

XIV.

Et consequenter iudex in his actionibus de iis etiam pronunciabit de quibus nominatim actum non est: quicquid scilicet præstari ex bona fide partium interest: quod tum in avertendo & resarciendo damno, tum in lucro spectatur.

Notat istud quod prima pars th. proponit *Hott. in h.* § nostro quod judex in bonæ fidei judiciis inspiciat, non tam quod dictũ est, quam quod officii & bonæ fidei ratio postulat: quæ tamen verba ambiguitate aliqua laborare videntur: siquidem omnino quod dictum est, judex attendere debet, etiamsi præter naturã contractus quid dictum & conventum fuerit, quoniam pacta legem dant cõtractibus: sed hactenus illa propositio rectè admittitur, ut nõ præcise verborũ cortex, quam potius mens & intentio contrahentium, & amplius non tantum quod dictum est, sed etiam, juxta prædicta alia hic veniant. Amplius Hott ex illa libertate judicandi, hanc proprietatem bonæ fidei judiciorũ elicit & sæpius inculcat, quod bonæ fidei actionibus nulla certa summa petatur, sed totum quod præstandum est, judicis arbitrio committatur. Verum hæc opinio Hott, aut ambigua aut falsa est: quoniam hoc quidem verũ est, quod præcise certa summa adjudicanda non petatur, siquidẽ ex præmissis apparet, multa in hæc judicia venire, quæ certa petitione apprehendi non possunt: sed factũ est, quod nulla prorsus certa quantitas in his actionibus petatur: nam in actione venditi, locũ preciũ & mercedem, quæ omnino certa esse oportet, peti debere, vix dubitari potest, cũ regulare sit imo perpetuum extra casum novationis tacitæ, ut quod est in obligatione, etiam sit in petitione, in qua si ista non sint, nec sententiam desuper legitimam judex ferre possit, & quæ sunt de essentia contractus, ea etiam sunt deducẽda in petitionem. Hoc autem velle Hott. quod nihil omnino certi petendũ sit, tum verba eius arguunt, tum quod idem alibi in actionibus bonæ fidei cessare ait periculum plus petitionis: quod nos etiam ad *Treutl. part. 2. de exc.* refutavimus: nam ubi periculum plus petitionis cessat, necessum est, ut nihil certi petatur: at quin, ut dixi dubitandũ non est, quia venditor, locator, illam ipsam quantitatem precii & mercedis, de qua convenit, in libellum deducere debeat & petitionem: ultra quam si quid petierit, periculo illo se implicabit. Illa quoque, ut hoc addamus differentia Hott. falsa, & licet dissimulato nomine rectè à Donello improbata est *n.* 30 in hoc nostro § quod in judiciis bonæ fidei tantum versentur quæstiones juris, sed in strictis quæstiones tantum facti.

XV.

Et his descendit quod præstandum est in bonæ fidei iudiciis, quicquid damn[illegible]lter sentire potest ex eo quod aliquid non dictum vel dissimulatum fuit: quoniam id perinde attendit iudex, atque si expressum fuisset.

Jam supra diximus, tantum hic posse officium iudicis, quantum in stipulatione nominatim factam mentionem, quoad ea quæ ex bona fide & bono æquo præstanda sunt. Et ergo si quis viriũ aliquod rei dissimulaverit & reticuerit, hoc in actionẽ bonæ fidei venit, quo pertinet edictum ædiliũ, de quo *in l* 1. § 1. *& t. t. de ædil. edict. iuncta l.* 1. § 1. *l. si sterilis.* 21. § 1. *de act. emt.* & omnino bonæ fidei contractibus censetur inesse clausula, *dol. mal. abesse abfuturumq; esse*, etiamsi hoc expressum non fuerit *l. si fundum.* 68. § 1. *de contrah. emt.* Et hinc etiam in bonæ fidei judiciis præstandum est, quicquid per & propter rem alterius damni illatũ est *l. Iulian.* 13. *in pr. & passim t. t. de act. emt.* Itidemq; huc pertinet, quod ad evitandũ damnum in futurum, etiamsi hoc actũ non sit, venditor cogitur promittere duplum evictionis nomine, *l. 2. de evict. l. quod si nolit.* 31. § *quia assidua* 20. *de ædil. ed.* ubi

ubi simul elegans regula traditur, quod in bonæ fidei judiciis veniant omnia ea, quæ præstari moris sint & consuetudinis qua nota & qualitate procul dubio intelligendum est, bonæ fidei judicia à stricti iuris actionibus distingui.

XVI.

Huc etiam referri potest differentia à Dd. notata, quod ex causa conventionum bonæ fidei non liberetur qui dat vel reddit rem deteriorem, sed actio principalis integra maneat.

Tractat hoc Ias. *ex Dd. in §. nostro num. 5. & 66.* eiusque videtur hæc ratio, quod bonæ fidei congruit, ut res omnino integra præstetur, quod alias eius integer & proprius usus obtineri non possit. Probant hanc qualitatem ex *l. 3. §. 1. commodati*, ubi dicitur non videri rem redditam quæ redditur deterior: & ex *l. 1. §. si res. 17. depositi.* ubi ICtus ait, si res deposita deterior facta reddatur, adhuc depositi agi posse, tanquam dolo malo reddita non sit: facit aliquid, à contrario, quod actione ad exhibendū non tenetur, qui rem etiam deteriorem exhibet, ut tamen alteri actione in factum succurratur *l. 7. C. ad exhibendum* Rationē, præter iam notatam, hanc Bart. reddit *in l. eleganter. 7. § non solum. de dolo.* quod qui rem deteriorem reddat, committat dolum: & cum ead. sit ratio constituendi & dissolvendi, sicut dolum causam dans conventionibus bonæ fidei faciat contractum esse nullum, & impediat nasci obligationem, de quo postea aliquid dicemus, ita etiam ex adverso dolus interveniens in solutione & circa dissolvendum contractum impediat obligationem dissolvi, & faciat ut ea maneat in pristino statu. Quod si hoc referendum est ad qualitatem & effectum bonæ fidei in contractibus, observatu dignum erit, actionem ex testamento non tantum quoad usuras & fructus ut supra notatum, sed etiam quoad hanc qualitatem esse bonæ fidei: nam & ubi res legata deterior præstita est, actio superest, *iuxta l. huiusmodi 84. § ædes. de legat. 1. l. Mævius 66. § fundo de leg. 2.* Quamvis videri possit, rationē huius rei non à bona fide petendam esse, sed à qualitate obligationis, quæ maneat integra ubi non iuxta voluntatē defuncti res legata præstitā fuit: veluti ead. de causa, ubi res aliena præstatur ex legato generali, actio ex testamento manet integra *l qui concubin. 29. § si hæres. 3. de legat. 3.* quod etiam accidit aliis obligationibus ex quibus dominium transferendum est *arg. l. ubi. 75. ult. de verb. obl. l. si rem 20. de solut.* de quo diximus *ad Trentl p. 2. disp. 7. th. 4.* Et tamen differentiam hic subesse inter conventiones bonæ fidei & stricti juris, probatur ex *l. 7. §. non solum. 3. de dol. mal.* ut ostendemus th. seq. Porro interesse videtur inter deteriorationem, an sit levior an gravior, ita ut res nobis utilis futura, adeoq; hoc demum casu nihil videatur redditum, illo autem, pretio dato deterioratio resarciri possit: quod confirmatur ex *d. l. 3. §. 1. commodati*, ubi dicitur non videri rem redditam, nisi præstetur quod interest: quod ipsum, an res alia, an æstimatio eius in solidum, an vero res cum eo quod interest, præstanda veniat, officio judicis cōtinebitur.

Illa alia quæstio est, an & quando præstita res, cui aliquid deest, ad rem ipsam principali actione adhuc sit agendum. Enim vero præter accessiones meras, quæ soluto principali amplius peti non possunt, cuiusmodi sunt expensæ, u-

quo quia dolus caussam non dedit, contractus valet. Neque obstat, quod utroque casu datur actio doli contra manumissum: quoniam hoc fit ex duplici diversa ratione, qua Vlpianus ibi cum vulgata regula, quod actio doli cum alia actione non concurrat, conciliat assertionẽ quandam Juliani qui dixerat, actionem doli contra manumissum dari, qui deceperat dominum suum minorẽ annis, à qua venditus, & post ab emtore manumissus erat: cum tamen superesse hic videretur actio ex emto vel vendito. Enimvero Vlpianus duobus casibus procedere docet sententiam Juliani 1. quando emtio valet, sed emtor dolo caruit, ut non possit ob dolum à servo commissum actione contractus conveniri. 2. Etiam ubi emtor in dolo fuit, sed minor in hoc ipso fuit circumscriptus ut venderet, & ita dolus caussam contractui dedit: ut hic cum nullus sit contractus, actione doli sit utendum, ubi obiter notandum est mendum typographicum, quod in editionibus Gothofredi locum illum *in d. l. 7. in pr. de dol. mal.* insedit, & sententiam soli turbat & pervertit, dum videlicet hæc verba, *hoc enim sic accipimus carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit*, parenthesi inclusa sunt. Etenim continua est oratio Vlpiani, qua proponit duos casus, aut carere dolo emtorem, aut in hoc ipso ut venderet, minorem circumscriptum fuisse. Sed nec hoc prætereundum est quod ex d. l. 7. in princ. dubium reddatur, quod tradunt *Dd. in l. non eo. 14. de procurat. post gloss. in d. l. 7. de dol. & in l. 5. C. de resc. vendit.* quod actus nullus tamen sustineatur & pro valido habeatur quod ad eum, cui nullitas & eius caussa imputari non potest, atq; ita quod actus possit claudicare, & diverso respectu nullus & validus censeri: idq; confirmant ex *d. l. 14.* ubi sententia nulla, quia processus agitatus fuit cum procuratore, quem minor ad agendum nulliter dedit, sustinetur, si pro minore lata sit: & in terminis gloss. citatis locis scribit, quod ubi contractus nullus est ex caussa doli, doloso quidem non detur actio contractus, sed bene detur illi, qui dolum passus est, quod etiam vult *gl. in l. à Divo. 57. de ritu nupt.* ubi distinguit an contractus sit nullus ob prohibitionem Legis, an ob dolum unius quam gloss. ad not notat. *Bald. in l. non dubium. C. de LL. col. 7. in fin. in oppos. 9.* Hæc traditio infirmatur tum ratione, quod effectus actionis non potest procedere ex obligatione & contractu nullo: cum ex *dict. l. 7. de dol. mal.* in cuius specie utiq; nec ipsi minori actionem contractus competere, ex eo cõvincitur, quod alias non esset necessaria aut concedenda actio doli quam ibi proponit Iurisconsultus: & faciunt contra eandem traditionem, quæ licet in aliis terminis notat. *Iaso. in l. sub prætextu. 19 C. de transact. numer. 1. 13. & 14.* nec valde movet *dict. l. 14. C. de procur.* vel quia specialiter favore minoris recepta, non sunt trahenda ad consequentiam: vel quia in specie *dict. l. 14. C. de procur.* tantum est vitium extrinsecum, circa simplicem constitutionem procuratoris: sed in nostro casu est vitium intrinsecum, quod vel substantialem ut quidã putant, vel utique naturalem qualitatem contractus concernit. Videri etiam possint hic obstare alii textus, in quibus nullitas contractus non sit impedimento, quo minus actio contractus habeat locum. *L. Sed Celsus. 6. §. 1. de contrah. emt. l. de emto. 11. §. si quis. 5. & §. seq. de action. emt.* Sed si ista similia essent, & rectè huc afferrentur, sequeretur hoc nostro casu utrinque posse agi ex emto. Deinde aliud est agere ex contractu nullo, aliud ad effectum resolutivum, aliud est in universum nullum esse aut resolutum esse contractum, aliud resolutum quoad præstationes principales quidem, ut tamen aliquæ adhuc supersint. Ex quibus respondetur ad *d. l. 11. §. 5.* ubi ex contractu valido agitur ad tale

quid,

quid, pro obtento dissolvitur contractus, & hoc intenditur ut à contractu recedatur, quia non præstitutum fuit, quod ex bono & æquo præstandum erat. Itemque respondetur hinc ad eiusdem *l.11. §.6.* in quo post pactum resolutivum agitur ex contractu pro redditione arrharum: quoniam hæc præstatio continetur ambitu contractus emtionis, eoque, licet sublata sit actio nomine præstationum principalium, ratio tamen suadet, ut ea pro qualitate accessoria adhuc competere debeat: quoniam citra iniuriam eius qui dedit arrham negari actio non possit, & convenit hoc voluntati paciscentium, ne dissoluto contractu penes alterum maneat arrha: & utcunque condici quoque arrha possit, iuxta eundem §. 7. quem contra temeratorem Ant. Fabr. alibi asseremus, tamen nec actio emti, quo contractu præstatio arrhæ continetur, negari potest: in quam rem, & quod utcunque à contractu principali discessum sit, omnis tamen obligatio sublata non censeatur, sed ea adhuc in aliis præstationibus subsistat, hactenus ut ex contractu agi possit, elegans est textus *in d.l.6.§.1.de contrah emt* ubi cum juxta pactum fundus inemtus factus, & ita emtio soluta esset, nihilominus ratione fructuum quos emtor percepit, & ratione eius quod interest, quanti minoris venditor postea fundum est venditurus, actio ex vendito competere dicitur. Rationem dubitandi ipse ICtus proponit in *vers. nec conturbari* quod fundus inemtus factus sit: sed rationem decidendi subijcit, quod magis spectetur quod actum sit, quam quod dictum est, id est, ut ipse explicat, quod mens paciscentiũ fuerit dissolvere principalem præstationem, ne videlicet emtor contra venditorem ad rem tradendam experiri posset: non autem ut omnis obligatio emti & venditi utrinque solveretur: quæ posteriora verba manifeste ostendunt, sublata obligatione eius quod principaliter est in contractu, adhuc posse superesse obligationem, ut propter alia ex contractu agi possit, adeoque ubicunque ex contractu agitur, necessum esse, ut aliqua obligatio ex contractu supersit: atquin disputamus hic de contractu qui ab initio nullus est propter dolum causam dantem, eaque nec actio superesse potest, cui facilius locus est, ubi à contractu initio valido postea fuit recessum: ut fortassis nihil hic opus sit adhibere distinctionem *Bart. in l.7. de dol. n. 7.* an obligatio tollatur conventione partium, an dispositione legis.

Sed ut ad quæstionẽ nostram revertamur, hactenus confirmavimus opinionẽ communem, quam olim defenderunt Cittamontani, quos refert & sequitur *Iason n.28. & seqq* Sed ex adverso Petrus & cum eo Vltramontani *& Ioh Fab.* hic sequuti sunt opinionem contrariam, quod contractus etiam bonæ fidei, licet iis dolus causam dederit, ipso iure subsistant: pro qua sententia duo præcipua faciunt argumenta, quæ digna sunt consideratione. Primum est: Vbi adsunt essentialia cõtractus, ibi non potest contractus ipso iure esse nullus: atquin etiamsi dolus causam det bonæ fidei contractui, adest consensus, adsunt alia essentialia· ergo ipso jure subsistit. Quod attinet propositionẽ maiorẽ, hac præmunitione opus esse videtur, quod cõtractus hic considerentur non ex mero iure gent. sed quatenus iure civili recepti & cõfirmati sunt: Minor quæ falsa videri possit, quod deceptio videatur excludere consensum, ita cõfirmatur: quod si consensus & contractus ipse non excluditur & vitiatur per metũ, nec etiam videtur excludi per dolum, at verũ prius, ergo, &c. Ratio connexi est, vel quia vis & coactio maxime videtur esse cõtraria voluntati, vel quia metus semper in sese habet dolum per *l. item si. 14. §. cum qui. 13. quod metus caus.* Assumptum non obscure quidẽ negat Cuiac. *ad l. si quis. 36. de verb. oblig. in pr.* ubi hanc regulam juris certissimam esse scribit, quod dolus vel

ctionis bonæ fidei naturam imitari. Denique tentaverim usuras ex pacto quoque peti posse, ubi hoc vere contractui inesse potest: mutuo autem pacta quantumvis statim adiecta, non insunt, ut ostendimus ad *Treutler.pag.1.de pact.thes.* 10. stipulatione ubi insunt, fiunt pars eius, eoque non tanquam ex pacto, sed tanquam ex stipulatione debentur: eoque cum in specie *d.l.24 de præscript. verb.* pactum adiectum traditioni ipsum contractum constituat, utiq; usuræ quoque peti possunt. Octavum argumentum à Maiero proponitur his verbis: hæc actio ex pacto nascitur non quidem solo sed traditioni aut contractui bonæ fidei adiecto: in negotiis bonæ fidei duntaxat nascitur ex pacto in continenti adiecta actio, non quod ex nudo pacto nascatur, sed quod nascatur ex pacto cui accessit traditio, vel quod accedit traditioni: hactenus ille. Hæc argumentatio obscurior est, quam ut eam satis intelligam: nam si intelligit actionem quæ nascitur ex contractu bonæ fidei per pactum formato, vel ex pacto bonæ fidei contractui adiecto, hæc aut est actio contractus & bonæ fidei, ut supra diximus, aut actio præscript. verb. & committitur petitio principii: illud enim utique falsum fuerit, si quis omnem actionem ex pacto traditioni adiecto nascentem, bonæ fidei esse affirmare velit. Nec quicquam huc pertinet, quod pacta adiecta tantum bonæ fidei contractibus insint ad agendum: præterquam enim quod hoc dubium est, de quo egimus ad Treutler. d. loc. utique tantum procedit in pactis quæ adiiciuntur contractibus iam formatis; ubi autem traditio informis est, pactum adiectum ipsum contractum innominatum constituit, & ubi nihil aliud obstat, sola actio præscript. verb. nascitur, sed non ea propterea bonæ fidei: illa enim vitiosa fuerit illatio: ex pacto adiecto bonæ fidei contractibus nascitur actio: ergo non nascitur actio ex pactis, quæ aliis traditionibus adiiciuntur: vel, ergo quæ ex iis nascitur actio est bonæ fidei. Postrema ratio his verbis ab eo proponitur: quod cum melius & tutius sit agere actione præscript. verb. quam quæ eam ipsa concurrit bonæ fidei actione, vix fit, ut illa quoque non sit bonæ fidei Respond. vel quod tantum casus sint aliqui singulares, quibus illa dubitatio occurrit, & quibus forrassis iuxta iam dicti admitti possit actionem præscript. verb. esse bonæ fidei: vel potius malam esse consequentiam, quia non tam est actionum subrogatio, quam concursus, velut hoc ipsum argumentum proponitur: nihil autem absurdi est, si actio bonæ fidei & stricti iuris concurrunt: quin nec istud necessario sequitur actio subrogata est in locum bonæ fidei actionis, ergo & ipsa est bonæ fidei. Sed de his plus satis: illud fatem addo, non satis me intelligere, quid sibi velit Maierus dum eodem loco duplicem significationem stricti iuris actionum latam & strictam agnoscit *lib 19. Pandect.* 14 *th* 14 *num.6.* ubi ait non congruere veritati iuris, ut actio præscript. verb. sit stricti iuris, nisi latius accipiamus, verba illa stricti iuris, ut omnes actiones non bonæ fidei iis contineantur, quemodo vulgo quidem usurpentur, sed non in iure civili. Etenim omnino ita iure civili accipi & usurpari puto, ut quæcunque actiones ex conventione descendentes non sunt bonæ fidei, illæ sint stricti iuris: & alias Iustin. distinctio in hoc §. nostro à vitio excusari non posset: & amplius contradicit sibi Maierus, dum statim actiones præscript. verb. bonæ fidei esse contendit.

IX.

Ergò bonæ fidei sunt actiones omnes, quæ nascuntur ex contractibus consensu constantibus.

Atque

Atque ita actiones ex emto vendito, locato, conducto, pro socio, utrinq; directæ, mandati directa & contraria, sunt bonæ fidei: quarum singularum naturam & præstationes ut hic exequamur, nostri instituti nō est. Illud obiter noto, quod circa actionem locati post alias tractat *Ias. n. 19.* de actione oneris adversi (ipse sive typographus inepte scripsit, oneris adversi) an ea quoque bonæ fidei sit. Sed ignoravit ille cum aliis, quid esset oneris aversi actio, videlicet species quædam actionis furti, ut docet *Cui. lib. 7. obs. 39.* & est ille turpis error Iasonis qui ad probandum illam actionem pariter tanquam de una re & actione tractantes textus, adducit *l. in navem. 31. locatio.* in qua est mentio actionis oneris aversi scilicet ex delicto, ideoq; nec bonæ fidei nec stricti juris: & *l. opus. 36. eod.* in qua omnino est actio locati vulgatis, ubi opus faciendum locatum fuit non in pedes, & mensuras, sed in universam una mercede in totum opus constituta, quod ICti nostri vocant locare per aversionem: quam phrasim & modum loquendi, locare vel vendere per aversionem, collatione aliorum locorum explicavit Ant. Augustinus: prorsus autem inepta est confusio, oneris aversi, & locationis per aversionem.

X.

Item bonæ fidei sunt actiones ex contractibus realibus, iisque tum veris (*a*) tum quasi (*b*) itemque tum nominatis (*c*) tum innominatis. (*d*)

(*a*) Veluti commodati, depositi, pignoratitia proprie dicta: hypothecaria enim & Serviana sunt in rem. (*b*) veluti tutelæ, negotiorum gestorum, communi dividundo, famil. ercisc. etenim causæ & quasi contractus, ex quibus hæ actiones nascuntur sunt reales. (*c*) Eædem nimirum illæ quæ referuntur sub lit. a. (*d*) Nimirum juxta tradita th. 8. duob. calib. ubi res æstimata vendenda data fuit: & ex permutatione. An autem dantis an accipientis illo casu periculum sit, non est hujus loci tractare, & de eo actum est *ad Treutl. p. 1. disp. ult.* & eodem loco ratio reddita, cur permutatio dicatur contractus innominatus, itidemq, contra Dd. vulgo & aliter sentientem Ant. Fabrum probatum, quod permutatio sit nihil aliud quā contractus do ut des, atq; ita actio ex permutatione, quam Iustin. bonæ fidei esse docet nulla alia sit, quam actio præscript. verb. ex articulo do ut des, & consequēter ad interesse, juxta *l. 5. §. 1. de præscr. verb.* Et nimirū hic ineptit & nugatur *Ant. Fab. dec. 85. err. 5.* dum tradit, si eo pacto de permutando quid datum sit, esse actionem præscript. verb. sed non ad interesse incerti, verum certi, quæ ita intentetur, ut vel fides servetur, vel res restituatur: quæ sicut & alia multa ibid. tradita, falsa & erronea sunt, quæ interim tanquam per indicem referemus. Et falsum est 1. quod actio præscr. verb. detur ad restituendū. 2 falsum quod una eademq; actio competat ut fides servetur vel res restituatur: quoniam hoc petitur propria actione, condictione. 3 falsum quod ad variandam actionem intersit an pactum de permutando præcesserit nec ne, quoniam hoc accidentarium & extrinsecum est. 4. falsum quod hoc casu ubi pactum præcessit, non nascatur condictio causa data. 5. falsum quod specialem præstationem & propriam habeat actio ex permutatione, quam non habeat actio ex articulo do ut des, videlicet ut fides servetur: quoniam ad hoc dicitur agi per tropum quendam, eo quod agitur ad subrogatum, quod scilicet interest, & succedit in locum eius quod præstandū fuit: veluti ex obligationibꝰ faciendi agitur ad interesse quod subrogatur in locū facti: & in

& in l.4.& 5.C.de rer. permutat. istud, ut fides servetur, opponitur restitutioni rei, quæ non actioni præscriptis verb. *l.5.§ 1.de præscript. verb.* sed condictione petitur 6. falsum est, quod actio præscript verb intendatur sub alternatione, 7. falsum, quod ista actio sit certi: quin imò omnis actio præscript. verb. extra casus singularissimos, cuiusmodi videtur esse *in l.8 de præscript verb* incerti est. 8. falsum quod actio præscript. verb. ex articulo do ut des sit stricti juris. 9. falsum quod per incerti civilem actionem non possit intelligi condictio incerti. 10. falsum quod actio præscriptis verbis incerti sit stricti juris: neque enim ad hanc qualitatem facit conditio obiecti, quod petitur, certum sit an incertum: imo potius naturæ stricti iuris actionis convenit petitio certi, quippe in qua iudex est adstrictus formulæ: qua de causa Hottom. in nostro §. existimat, quod in actione bonæ fidei semper petamus in certum. Tam multos errores Anton. Fab. uno capite, & eo non toto, sed tantum eius aliqua parte effudit, quibus plenius refutandis proprium locum distinguimus, exercitationes videlicet nostras ad Fabrum quæ propediem, si Deus dederit, lucem videbunt.

XI.

Illud autem hic quæritur, cur istæ actiones potius quam reliquæ, & hæ solæ, non etiam aliæ sint bonæ fidei.

Non una huius rei ratio afferri solet: & Iohan. Faber post alios, quem etiam refert *Iason. num.* 17. hanc reddit, quod contractus: ex quibus hæ actiones descendunt, sint magis frequentes & quotidiani. Sed hæc ratio non immerito reprobatur à Ias. quoniam cum hæc distinctio sit iuris civilis, hoc utique stipulatio frequentissima, & omnino mutuum frequentissimus contractus est: & ex adverso V.C. negotiorum gestio traditio rei æstimatæ ad vendendum, non usque adeo frequentes sunt contractus. Quod si à necessitate rationem petas, nulla videtur conclusionis necessitas? & mutuum utique vel maxime in commerciis necessariis esse videtur: & contractus pignoris ut plurimum mutuo accessorius, bonæ fidei est. Existimaverit fortassis quispiam, à causa efficiente, an videlicet cōtractus sit juris gent. an juris civilis, rationem huius distinctionis petendam esse. Sed utiq; mutuū Iurisgent. & tamen stricti juris est: neq; quod mutuo stipulatio adiici solet, sufficere potest ad variandam qualitatem contractus, quod præsertim nec semper hoc fiat, & mutuum per se subsistens contractus sit; & stipulatio frequentissime aliis contractibus adiecta, eos propterea stricti iuris non facit: quin & contractus innominati Iurisgent. esse videntur, quamvis non satis determinatam habeant naturam. Porrò Hottom. in nostro § *actionum. Inst. de act.* petit à mutua vicissitudine obligationis, ut videlicet conventiones hæ sint fidei, ex quibus utrinque nascitur obligatio: quod accidit vel ab initio, ut in emptione locatione & societate, vel ex post facto & ex accidenti, veluti propter expensas factas aut damnum acceptum, ut in mandato, deposito, commodato, pignore, administratione tutelæ & negotiorum gestione. Et quamvis hæc quoque non videtur concludens, ut à mutua obligatione inferamus contractum vel actionem esse bonæ fidei: Res esse ipsa tamen & exempla confirmant hanc sententiam: quoniam omnes jam enumerasse conventiones, & ex iis nascentes actiones bonæ fidei sunt: & quæ stricti iuris sunt, velut mutuū, stipulatio, tantū ex uno latere obligant: ut

tamen

tamen unus hic experiendus fit contractus innominatus do ut des. ex quo descẽdit actio bonæ fidei, eoq; impedit ne converti possit hæc præpositio & affirmari, ex omni contractu qui ex uno latere obligat, nasci actionẽ stricti iuris. Plane dubitari vix potest, quin veteres Romani sive Legislatores sive J Cti, certa aliqua ratione mori & persuasi fuerint, ut ita definirent, & has bonæ fidei, illas stricti iuris actiones esse, statuerent, sed sæpe fit, ut nos lateat ratio: quod etiam hic accidisse putat post alios *Ias. num.* 17. & recurrendum censet ad *l. non omnium, de legibus*, nec aliam hic rationem quærendam esse, quã quod ita placuerit priscis prudentibus. Et tamen quoad contractus consensu constantes, ratio sumi potest ex supra dictis, & scilicet ex *l. 1. de oblig. ex consens. & ex fin. tit. Institut. de obl. ex cons.* quod in his casibus alter alteri obligetur non in id damnum quod verbis expressum est, sed amplius in omne id, quod utrinque præstari æquum est. Quod si ita est, necessario formulam actionis & iudicis potestatem latiorem & laxiorem esse oportuit: & si quis naturam istarum contractuum emtionis, locationis & societatis, penitius consideraverit, facile deprehendet, eos ita comparatos, ut omnia quæ præstari æquum est, & ut omnis captio fraus que absit, initio & verbis contractus sigillatim & exacte contineri nequeant: ut necessariò admittendum fuerit, quasi arbitriũ quoddam boni viri, qui ex æquo & bono & bona fide rem totã dirimeret. Et omnino latius patent horum contractuum fines: sed contra angusti sunt termini, mutui & stipulationis, & eorum contractuum paucæ præstationes: quod etiam cõsequens est naturæ stipulationis, cujus essentia nudis & solis verbis absolvitur. In cæteris realibus contractibus qui bonæ fidei sunt, non ea quidẽ est finium latitudo, quæ in contractibus consensu constantibus, neq; tamen adeo angusta est, sicut in mutuo & stipulatione: &, qua ratione Hott. utitur, utrinque nascitur obligatio, videlicet ex post facto, si quid forte alter damni sensit ex re accepta, vel impensas fecit: de quibus cum initio non tractetur, neque propter incertitudinem aut propter ignorantiam contrahentium tractari commode possit, vel ob hoc bonæ fidei actiones esse debent: quoniam æquum bonum & bona fides hoc exigunt, ut alter qui rem accepit indemnis conservetur: adeoq; ratio *l. 1. de oblig. act.* huc quoq; non inepte accommodari posse videtur. Sed & ead. æquitas suadet, ut & ipse qui depositum V. C. vel commodatum accepit, laxius teneatur. Atq; hinc admiserim, dari hic gradus, neq; omnes bonæ fidei actiones æqualiter tales esse, neq;, quod ex seqq. patebit, qualitates omnes & effectus, qui ab ista distinctione fluunt, æqualiter omnibus actionibus inesse. Prorsus enim consideranda est natura cujusq; contractus, quæ facit, ut pro latitudine vel angustia finium modo plures, modo pauciores effectus reperiant locum, & alii sint communes, alii proprii & speciales.

XII.

Et ergo ipsa quoque contractuũ qualitas causam præbuit huic distinctioni quã tradit ius civile. (a) Quæritur a. an effectus huius distinctionis & qualitates specierum istarum iure vel pacto mutari vel tolli possint. (b)

(a) Illud nimirum affirmatur secundum quid, quod videlicet ipsa natura cõventionum suadeat, ne in actionibus inde descendentibus uno eodemq; modo procedatur: ideoq; etiã hodie sublatis formulis, nec adjecta amplius clausula, *ex*

fide bona: res ipsa & effectus durat: quoniam durat ead. qualitas conventionum, durat & ius quod propter eam constitutam est. Plane si ad speciem & particularia descendamus, quædam qualitates aut non, aut non æqualiter à natura contractuum repeti possunt, sed ad ius positivum civile referuntur V. C. ut ead. necessitate constringuntur partes æqualiter in omnibus conventionib. omnia exprimere, nec cuiusquam rei nisi qui expressa est, ratio habeatur, naturæ contractuum & ipsi iurigent. non convenit: cæteroquin quæ processum concernunt, veluti quod exceptiones dicuntur inesse bonæ fidei judiciis, quod unus heredum rem possidens in solidum teneatur, magis sunt iuris civilis: quin nec minus in mutuo, quam locatione possent usuræ deberi ex mora (*b*) Decisio huius rei pene dependet ex iam dictis: ut videlicet quæ ex natura contractuum descendunt, citra absurditatem & iniquitatem iure aliquo vel consuetudine non recte mutentur vel tollantur, certa a. omnino tolli & mutari possint, quoniam citra absurditatem adesse & abesse possunt, cum præsertim ius positivum aliqua iurigent. derogare possit per *l 6. de iust & iur.* Et id tamen ita, ut ponantur termini habiles: V. C. quod quibusdam casibus usuræ debentur ex solo tempore tardæ solutionis in compensationem fructuum, quos alter percepit *l. 2. C. de usur l. curabit. 5. C. de act. emt.* salva æquitate vix mutabitur: cum alias nihil prohibeat, circa ista accessoria, usuras, fructus, &c. de iure constituto aliquid mutari ut tamen hoc nominatim & certo definiatur: quoniam cum distinctionis propositæ in §. nostro plurimi sint effectus nec exigui momenti, coniectura hic aliqua aut collectio non necessaria non potest sufficere, maxime in iis effect. qui sunt aut propius absunt à natura contractuum: quod præsertim nisi in specie ostendatur mutatio, semper futuri simus in incerto, quæ differentiæ sint sublatæ, ubi nihil afferri potest, quo totam istam distinctionem abrogatam esse probetur. Itaq; proculdubio errant, qui iure Canon. omnes canones bonæ fidei esse opinantur, neq; tamẽ ullo textu discerre hoc adstruere possunt. nam qui provocaverit ad illud vulgatum, quod ius Canon. omnia damnet quæ possunt fovere peccatum, puerili se errore implicaverit, & commiserit non semel supra notatam fallaciam homonymiæ: quoniã in hac distinctione bona fides non opponitur dolo, & illa huic opposita in omnibus contractib. requiritur. Eodem errore implicantur, qui iura consuetudinario, omnes hodie contractus & actiones bonæ fidei esse putant: cum tamen consuetudo vel maxime indigeat probatione. Nec puto quisquam ostenderit, in praxi ita observari, ut omnes actiones eo iure utantur, quæ illæ olim, quas bonæ fidei appellamus. Planæ quæ differentiæ & qualitates à processu dependent, illæ veteri procedendi ratione mutata, simul necessario sublatæ sunt: quod illustri hoc exemplo ostẽditur: quod sc. in stricti iuris actionib. exceptiones nullas admittere poterat iudex, nisi quæ nominatim formulæ fuissent insertæ, & tamen hodie decantatum & protritum est, quod in quibuscunque iudiciis & actionibus exceptiones usque ad sententiam recte opponantur, de quo pluribus postea. Ex quo vel solo patet, quam imprudenter labantur, qui indistincte has qualitates & differentias referunt ad substantiam contractuum. & cur canonico iure non sit sublata ista distinctio hanc rationem fere unicam reddunt, qui non sit eo iure sublata contractuum substantia: prorsus eos, qui indefinite ad huiusmodi quæstiones respondent, tripliciter errare est necesse. Et hinc quoque decidenda quæstio est an & quatenus pactiones contrahentium possint ad variandas has qualitates, & nunquid ex actione stricti iuris bonæ fidei actionum, & vice versa facere possint: qui in re itidem errare necesse est, quia in genere & simpliciter vel negant vel affirmant: etiamsi de istis differentiis & qua-

lita

litatibus tractetur, quæ fluunt à natura contractus & conventionis: quoniam constat naturalia contractuum pacto mutari posse, modo ponantur termini habiles, ut videlicet pacta sint utilia: qua in re illa distinctio necessaria est, an illud circa quod versatur pactum, possit obtineri etiam ope exceptionis, an tantum beneficio actionis: illo casu efficax erit pactum, hoc tum demum, si insit contractui: quod ex vulgata disputatione, quæ & quibus contractibus insint pacta, repetendum est. Sed & alia hic distinctione opus est, videlicet, an qualitas aliqua pendeat à jure publico nec ne: illa enim pacto non potest tolli, eoq; frustra quis ex ratione juris veteris convenerit, ut in stricti juris judiciis judex pedaneus admittat exceptionem formulæ non insertam: hæc vero poterit, maxime si tantum accidentalia & accessoria cõcernat: itaq; hactenus actio bonæ fidei actione non quidem prorsus transformari & transmutari, sed tamen poterit alterari: quod ex qualitatibus seqq. evidentius apparebit.

XIII.

Iudex igitur (in qua præcipua & generalis differentia istarum actionum consistit) in bonæ fidei judiciis liberam habet potestatem iudicandi, non tamen omnino vagam & indeterminatam, sed intra quosdam limites coercitam.

Potestas illa est ex clausula, videlicet immediate, quoniam principalis & prima causa est à natura contractuum & jure constituto. Apparet a. ex *Cic. 3. offic* quod nõ præcise clausula illa, *ex fide bona*, sed etiã aliæ æquipollentes fuerint insertæ: & quod propria quædam & specialis clausula adiecta fuerit actioni rei uxoriæ, *quod æquius melius* ex eod. Cic. & textib juris nostri confirmatur: hinc n. explicandos esse tex. *in l. pen. § ult. sol. mat. l. si cum 82. in fin. de sol. l. 6. § 2. de iur. dot.* monuimus ad *Tr. p. 2. disp. 7 th. 4. lit. f.* Recte a. observavit Don. majorem libertatem vel incertitudinẽ istius facultatis olim fuisse, ex eod. Cic. iam dd. locis: sed postea quantum liceret judici, tractationib. & disputationib. ICtorum pene videtur fuisse definitum: ut tamẽ nihilominus recte dicta fuerit potestas libera, oppositive ad stricti juris judicia, in quib. nihil extra formulam judex poterit. Et tamen semper illa facultas limites suos habuit & habet, quod etiam Ias. ex Dd. notat, qui determinarentur æquo & bono, juxta *§. in bona 30. in pr. de act.* & fide bona *l. 5. in pr. de obl. & act.* qui scil. termini sũt ejus in quod alter alteri obligatur *in f. tit.* [illegible] *st. de obl. ex consens. l. 2. in fi. de obl. & act.* cuius tex. collatio cum *d. l. 5. in pr. eod.* ostendit eodem modo accepta à Caio hæc duo, *obligari in id quod ex æquo & bono, & quod ex bona fide præstari oportet*: non quod æquum & bonum, & bona fides sint unum & idem, sed quoniam hoc quod bona fides præstari iubet, illud præstetur æquum & bonum est, sicut non minus id, quod præstari expresse placuit *arg. l. 1. de pact. & l. 1. de const. pec.* & porrò quod præstari æquum bonum est in illis contractib. eius quoq; à judice rationẽ haberi, & partibus adiudicari fas est: quo respexit ICtus *in d. l. 5. in pr. de obl. & act.* esse actionem de eo quod alterum altera ex bona fide præstare oportet: quoniam videl. hic actione ipsa & officio iudicis continetur.

XIV.

Et consequenter iudex in his actionibus de iis etiam pronunciabit de quibus nominatim actum non est: quicquid scilicet præstari ex bona fide partium interest: quod tum in avertendo & resarciendo damno, tum in lucro spectatur.

Notat istud quod prima pars th. proponit *Hott. in h.* §. nostro quod judex in bonæ fidei judiciis inspiciat, non tam quod dictũ est, quam quod officii & bonæ fidei ratio postulat: quæ tamen verba ambiguitate aliqua laborare videntur: siquidem omnino quod dictum est, judex attendere debet, etiamsi præter naturã contractus quid dictum & conventum fuerit, quoniam pacta legem dant cõtractibus: sed hactenus illa propositio rectè admittitur, ut nõ præcise verborũ cortex, quam potius mens & intentio contrahentium, & amplius non tantum quod dictum est, sed etiam, juxta prædicta alia hic veniant. Amplius Hott ex illa libertate judicandi, hanc proprietatem bonæ fidei judiciorũ elicit & sæpius inculcat, quod bonæ fidei actionibus nulla certa summa petatur, sed totum quod præstandum est, judicis arbitrio committatur. Verum hæc opinio Hott, aut ambigua aut falsa est: quoniam hoc quidem verũ est, quod præcise certa summa adjudicanda non petatur, siquidẽ ex præmissis apparet, multa in hæc judicia venire, quæ certa petitione apprehendi non possunt: sed factũ est, quod nulla prorsus certa quantitas in his actionibus petatur: nam in actione venditi, locũ preciũ & mercedem, quæ omnino certa esse oportet, peti debere, vix dubitari potest, cũ regulare sit imo perpetuum extra casum novationis tacitæ, ut quod est in obligatione, etiam sit in petitione, in qua si ista non sint, nec sententiam desuper legitimam judex ferre possit, & quæ sunt de essentia contractus, ea etiam sunt deducẽda in petitionem. Hoc autem velle Hott. quod nihil omnino certi petendũ sit, tum verba eius arguunt, tum quod idem alibi in actionibus bonæ fidei cessare ait periculum plus petitionis: quod nos etiam ad *Treutl. part. 2. de exc.* refutavimus: nam ubi periculum plus petitionis cessat, necessum est, ut nihil certi petatur: at quin, ut dixi dubitandũ non est, quia venditor, locator, illam ipsam quantitatem precii & mercedis, de qua convenit, in libellum deducere debeat & petitionem: ultra quam si quid petierit, periculo illo se implicabit. Illa quoque, ut hoc addamus differentia Hott. falsa, & licet dissimulato nomine rectè à Donello improbata est *n. 30* in hoc nostro § quod in judiciis bonæ fidei tantum versentur quæstiones juris, sed in strictis quæstiones tantum facti.

XV.

Et his descendit quod præstandum est in bonæ fidei iudiciis, quicquid damn[illegible]lter sentire potest ex eo quod aliquid non dictum vel dissimulatum fuit: quoniam id perinde attendit iudex, atque si expressum fuisset.

Jam supra diximus, tantum hic posse officium iudicis, quantum in stipulatione nominatim factam mentionem, quoad ea quæ ex bona fide & bono æquo præstanda sunt. Et ergo si quis viriũ aliquod rei dissimulaverit & reticuerit, hoc in actionẽ bonæ fidei venit, quo pertinet edictum ædiliũ, de quo *in l 1. §. 1. & t. t. de ædil. edict. iuncta l. 1. §. 1. l. si sterilis. 21. §. 1. de act. emt.* & omnino bonæ fidei contractibus censetur inesse clausula, *dol. mal. abesse absfuturumq; esse*, etiamsi hoc expressum non fuerit *l. si fundum. 68. §. 1. de contrah. emt.* Et hinc etiam in bonæ fidei judiciis præstandum est, quicquid per & propter rem alterius damni illatũ est *l. Iulian. 13. in pr. & passim t. t. de act. emt.* Itidemq; huc pertinet, quod ad evitandũ damnum in futurum, etiamsi hoc actũ non sit, venditor cogitur promittere duplum evictionis nomine, *l. 2. de evict. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua 20. de adil. ed.* ubi

ubi simul elegans regula traditur, quod in bonæ fidei judiciis veniant omnia ea, quæ præstari moris sint & consuetudinis qua nota & qualitate procul dubio intelligendum est, bonæ fidei judicia à stricti iuris actionibus distingui.

XVI.

Huc etiam referri potest differentia à Dd. notata, quod ex causa conventionum bonæ fidei non liberetur qui dat vel reddit rem deteriorem, sed actio principalis integra maneat.

Tractat hoc Ias. *ex Dd. in §. nostro num. 5. & 66.* eiusque videtur hæc ratio, quod bonæ fidei congruit, ut res omnino integra præstetur, quod alias eius integer & proprius usus obtineri non possit. Probant hanc qualitatem ex *l. 3. §. 1. commodati*, ubi dicitur non videri rem redditam quæ redditur deterior: & ex *l. 1. §. si res. 17. depositi.* ubi ICtus ait, si res deposita deterior facta reddatur, adhuc depositi agi posse, tanquam dolo malo reddita non sit: facit aliquid, à contrario, quod actione ad exhibendū non tenetur, qui rem etiam deteriorem exhibet, ut tamen alteri actione in factum succurratur *l. 7. C. ad exhibendum* Rationē, præter iam notatam, hanc Bart. reddit *in l. eleganter. 7. § non solum. de dolo.* quod qui rem deteriorem reddat, committat dolum: & cum ead. sit ratio constituendi & dissolvendi, sicut dolum causam dans conventionibus bonæ fidei faciat contractum esse nullum, & impediat nasci obligationem, de quo postea aliquid dicemus, ita etiam ex adverso dolus interveniens in solutione & circa dissolvendum contractum impediat obligationem dissolvi, & faciat ut ea maneat in pristino statu. Quod si hoc referendum est ad qualitatem & effectum bonæ fidei in contractibus, observatu dignum erit, actionem ex testamento non tantum quoad usuras & fructus ut supra notatum, sed etiam quoad hanc qualitatem esse bonæ fidei: nam & ubi res legata deterior præstita est, actio superest, *iuxta l. huiusmodi 84. § ades. de legat. 1. l. Mavius 66. §. fundo de leg. 2.* Quamvis videri possit, rationē huius rei non à bona fide petendam esse, sed à qualitate obligationis, quæ maneat integra ubi non iuxta voluntatē defuncti res legata præstita fuit: veluti ead. de causa, ubi res aliena præstatur ex legato generali, actio ex testamento manet integra *l qui concubin. 29. §. si heres. 3. de legat. 3.* quod etiam accidit aliis obligationibus ex quibus dominium transferendum est *arg. l. ubi. 75. ult. de verb. obl. l. si rem 20. de solut.* de quo diximus *ad Treutl p. 2. disp. 7. th. 4.* Et tamen differentiam hic subesse inter conventiones bonæ fidei & stricti juris, probatur ex *l 7. §. non solum. 3. de dol. mal.* ut ostendemus th. seq. Porro interesse videtur inter deteriorationem, an sit levior an gravior, ita ut res nobis utilis futura, adeoq; hoc demum casu nihil videatur redditum, illo autem, pretio dato deterioratio resarciri possit: quod confirmatur ex *d l. 3. §. 1. commodati*, ubi dicitur non videri rem redditam, nisi præstetur quod interest: quod ipsum, an res alia, an æstimatio eius in solidum, an vero res cum eo quod interest, præstanda veniat, officio judicis cōtinebitur.

Illa alia quæstio est, an & quando præstita res, cui aliquid deest, ad rem ipsam principali actione adhuc sit agendum. Enim vero præter accessiones meras, quæ soluto principali amplius peti non possunt, cuiusmodi sunt expensæ, u-

furæ ex mora,&c. funt jura quædam, quæ fi deficiant & defint, quæ feorfim in obligatione non fuerunt, & tamen ut ea habeamus nec decipiamur, ratio fuadet, pro iis confequendis, ipfa actio principalis, etiam poft folutionem rei fed eam tamen non integram accommodatur. Hinc fi V. C. ex ftipulatu aliquid fit folutum, quod dubitetur an fuerit debitoris, quoniam hic non ut in emtione agi poteft in fpecie ut evictio præftetur, ideo pro hac præftatione obtinenda, ipfa res petitur *l. Iulianus. 131. §. de verb. obligat.* Hinc etiam, quoniam ex natura obligationis ex ftipulatu, dominium, & quidem ita ut perpetuo rem tenere liceat, transferendum eft ubi res aliena vel pignori obligata folvitur, liberatio non contingit *per d.l.131.* Hinc porro, licet res propria debitoris fuerit, fi tamen ius aliquod ei defit, quod iuxta conventionem transferri debuit, quoniam pro hoc propria actio non eft, ad effectum, ut quod deeft confequamur, ipfam rem actione principali petimus, ut docet *l. etiam 27. de folut.* Eodemque pertinet fpecies *l.2. §. Idem Iulianus. 7. de eo quod certo loc.* ubi totum petendum eft, ad eum effectum ut intereffe creditor confequatur, ut fundetur actio, quæ propter intereffe folum feparatim non datur, *l. ult eod. tit.* de quo egimus *ad Treutl. p.1. difp.23 th.6. lit.b.* & eft hoc extra propofitum noftrum. Ex his autem, quæ hac & th. præc. diximus, apparet quam verum fit, quod ftatuimus fupra, qualitates pleræque bonæ fidei conventionum & actionum, pacto tolli poffe: quoniam & contra edictum ædilium *l. pacifci. 31. de pact.* & circa evictionem & deteriorationem libere pacifci licet, idque ex feqq. qualitatibus magis patebit.

XVI.

Et quia maxime in iftis conventionibus dolum abeffe oportet, inde ut vulgo creditur, ubi dolus iis cauffam dedit, conventiones ipfo iure nullæ funt, nullaque ex iis actio nafcitur.

Iam fæpe diximus, in hac diftinctione actionum bonam fidem non opponi dolo, quem etiam V.C. in mutuo & in ftipulatione abeffe oportet: Et nihilominus tamen quodammodo & fecundum quid etiam ifto fenfu oppofitio hæc non inepte admittitur, neque male vulgo Dd. tradunt, quod bona fides exuberantius requiratur in his contractibus, & dolus malus magis eorum naturæ adverfetur, quippe quod juxta fupra tradita hic nafcatur obligatio in id quod alterum alteri ex bona fide, ex æquo & bono præftari oportet: id; oftendit *l. fi dolo. 5. C. de refcind. vend.* ibi, *contrarium effe dolum bonæ fidei, quæ in eiusmodi contractibus maxime exigitur.* Et hinc fcil. nafcitur hæc qualitas & differentia, ut plus operetur dolus ad annullandam bonæ fidei conventionem, quam eã quæ ftricti iuris dicitur: & nimirum dolus non incidens, qui contractum nullũ facere nõ poteft, fed dolus caufam dans, ubi in hoc ipfo, ut quis contraheret, circumfcriptus, & dolo inductus fuit, ut hoc explicat ICtus *in l. & elegant. 7. in pr. de dol mal.* Vulgata & nota hæc difputatio eft, nota etiam Citramontanorum opinio, quod dolus caufam dans contractum ipfo iure faciat nullum: qua de re quæ vulgo à quæftionariis tractantur, & quæ ipfe differui ad Tr *part. 1. difput. 28. th. 2.* hic referre & repetere non eft animus: fed examinabo præcipuè quæ

Bart.

Bart. disputat in *d. l. 7. in pr. de dol. mal.* Fundamentum initio ponit in tribus vulgatis textibus in *d. l. 7. & l. 3. pro soc. & l. in causa 16. §. 1. de minor.* Deinde ait se sententiam eam probaturum per rationes inconvincibiles, quarum prima ita concluditur, ubi dolus non purgatur actione contractus, ibi contractus est ipso iure nullus: vel, ubi contractus ipso iure valet, ibi, demum purgatur dolus actione contractus: Atquin ubi dolus dedit causam contractui, ibi non purgetur actione contractus, sed actio doli competit: Ergo, &c. Ratio majoris est, quia si contractus valeret, esset actio contractus, cum qua non concurrit actio doli. Minorem probat Bart. ex §. 1. *vers. aliquando. Institut. de perpet. act.* ubi dicitur, cum testator dolose versatus est, contra heredem, actionem ex contractu non competere: inde enim colligit Bart. oportere contractum esse nullum, quoniam actio ex eo in heredes non datur, quæ posita validitate contractus etiam interveniente dolo defuncti daretur *l. 12. l. ex contractibus 49. de obligat. & act.* Verum hoc argumentum præsupponit absurdam explicationem & sententiam *d. §. 1. vers. aliquando*, quod loquatur de testatore, qui dolo aliquem ad contrahendum induxit: quod à sententia Imperatoris omnino videtur esse alienum, & de interpretatione illius loci prolixe actum est disp. præced. Altera ratio Bart. talis est Si dolus dans causam solutioni obligationis, impedit nasci liberationem, quæ est favorabilior *leg. Arrianus. 46. de obligat. & act.* ergo & multo magis eiusmodi dolus impediet nasci obligationem. Atqui verum est prius, iuxta notata th. præced. & per *text. in l. 7. Non solum de dol.* Et sane quod th. præced. addendum est, proponitur eo loco perspicue satis differentia inter obligationem ex emto & stipulatu: quod videlicet si debitor servi venenum ei dederit, eumque creditori solutionis causa tradiderit, neque dolum abfuturum nominatim promiserit, emtorem quidem acturum ex contractu, & ex emto, sed stipulatori necessariam fore actionem doli.

Hinc enim necessario efficitur, venditorem ea solutione servi dolo malo corrupti non fuisse liberatum, neque obligationem emti sublatam fuisse. Verum haud scio, an non recte negetur consequentia: vel quia admissa solutione infertur iniqua conditio creditori: vel potius, quorum bonæ fidei repugnat, rem debitam præstari deterioratam, & in eo statu, ut mox sit peritura: & jam supra diximus, actionem ex emto habere fines latiores quæ longe plures admittat præstationes, quam actio ex stipulatu: ut proinde ex eo quod actio ex emto superest, non recte inferatur, nullam prorsus esse solutionem: multo minus, dolo dante causam contractui, nullam prorsus nasci obligationem. Et adeo rationes hæ Bartoli non videntur inconvincibiles. Quod ad textus illos rtes attinet, non multum movet *l. 3. pro socio*, quippe quæ recte accipitur de societate quæ finem & propositum habet fraudandi alios. Rectius probatur ex *l. 16. §. 1. de minor.* ubi etiam maiore decepto in societate ineunda, contractus dicitur esse nullus, & negatur opus esse minori restitutione in integrum, quæ utique necessaria esset si contractus valeret. Optima probatio est *ex l. 7. in fin. pr. de dol. mal.* ad quem textum quæ à variis afferuntur responsiones, eas non subsistere, ostendimus ad *Treutler. p. 1. disputat. 28. th. 2.*

Et præterquam quod ibi diserte ICtus ait nullam esse venditionem, si in hoc ipso circumscriptus fuerit minor ut venderet, confirmatur ista sententia ex oppositione casuum: nam dum ICtus ait, aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet, circumscriptus sit, opponit istum casum alteri priori, quo

quo quia dolus caussam non dedit, contractus valet. Neque obstat, quod utroque casu datur actio doli contra manumissum: quoniam hoc fit ex duplici diversa ratione, qua Vlpianus ibi cum vulgata regula, quod actio doli cum alia actione non concurrat, conciliat assertionē quandam Juliani qui dixerat, actionem doli contra manumissum dari, qui deceperat dominum suum minorē annis, à qua venditus, & post ab emtore manumissus erat: cum tamen superesse hic videretur actio ex emto vel vendito. Enimvero Vlpianus duobus casibus procedere docet sententiam Juliani 1. quando emtio valet, sed emtor dolo caruit, ut non possit ob dolum à servo commissum actione contractus conveniri. 2. Etiam ubi emtor in dolo fuit, sed minor in hoc ipso fuit circumscriptus ut venderet, & ita dolus caussam contractui dedit: ut hic cum nullus sit contractus, actione doli sit utendum, ubi obiter notandum est mendum typographicum, quod in editionibus Gothofredi locum illum *in d. l 7. in pr. de dol. mal.* insedit, & sententiam soli turbat & pervertit, dum videlicet hæc verba, *hoc enim sic accipimus carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit*, parenthesi inclusa sunt. Etenim continua est oratio Vlpiani, qua proponit duos casus, aut carere dolo emtorem, aut in hoc ipso ut venderet, minorem circumscriptum fuisse. Sed nec hoc prætereundum est quod ex d. l. 7. in princ. dubium reddatur, quod tradunt *Dd. in l. non eo. 14. de procurat. post gloss. in d. l. 7. de dol. & in l 5. C. de resc. vendit.* quod actus nullus tamen sustineatur & pro valido habeatur quod ad eum, cui nullitas & eius caussa imputari non potest, atq; ita quod actus possit claudicare, & diverso respectu nullus & validus censeri: idq; confirmant ex *d. l. 14.* ubi sententia nulla, quia processus agitatus fuit cum procuratore, quem minor ad agendum nulliter dedit, sustinetur, si pro minore lata sit: & in terminis gloss citatis locis scribit, quod ubi contractus nullus est ex caussa doli, doloso quidem non detur actio contractus, sed bene detur illi, qui dolum passus est, quod etiam vult *gl. in l. à Divo. 57. de ritu nupt.* ubi distinguit an contractus sit nullus ob prohibitionem Legis, an ob dolum unius quam gloss. ad not notat. *Bald. in l. non dubium. C. de LL. col. 7. in fin. in oppos. 9.* Hæc traditio infirmatur tum ratione, quod effectus actionis non potest procedere ex obligatione & contractu nullo: cum ex *dict. l. 7. de dol. mal.* in cuius specie utiq; nec ipsi minori actionem contractus competere, ex eo cōvincitur, quod alias non esset necessaria aut concedenda actio doli quam ibi proponit Iurisconsultus: & faciunt contra eandem traditionem, quæ licet in aliis terminis notat. *Iaso. in l. sub prætextu. 19 C. de transact. numer. 2. 11. & 14.* nec valde movet *dict. l. 14. C. de procur.* vel quia specialiter favore minoris recepta, non sunt trahenda ad consequentiam: vel quia in specie *dict. l. 14. C. de procur.* tantum est vitium extrinsecum, circa simplicem constitutionem procuratoris: sed in nostro casu est vitium intrinsecum, quod vel substantialem ut quidā putant, vel utique naturalem qualitatem contractus concernit. Videri etiam possint hic obstare alii textus, in quibus nullitas contractus non sit impedimento, quo minus actio contractus habeat locum. *L. Sed Celsus. 6. §. 1. de contrah. emt. l. de emto. 11. §. si quis. 5. & §. seq. de action. emt.* Sed si ista similia essent, & rectè huc afferrentur, sequeretur hoc nostro casu utrinque posse agi ex emto. Deinde aliud est agere ex contractu nullo, aliud ad effectum resolutivum, aliud est in universum nullum esse aut resolutum esse contractum, aliud resolutum quoad præstationes principales quidem, ut tamen aliquæ adhuc supersint. Ex quibus respondetur ad *d. l. 11. §. 5.* ubi ex contractu valido agitur ad tale

quid,

quid, pro obtento dissolvitur contractus, & hoc intenditur ut à contractu recedatur, quia non præstitutum fuit, quod ex bono & æquo præstandum erat. Itemque respondetur hinc ad eiusdem *l. 11. §. 6.* in quo post pactum resolutivum agitur ex contractu pro redditione arrharum: quoniam hæc præstatio continetur ambitu contractus emtionis, eoque, licet sublata sit actio nomine præstationum principalium, ratio tamen suadet, ut ea pro qualitate accessoria adhuc competere debeat: quoniam citra iniuriam eius qui dedit arrham negari actio non possit, & convenit hoc voluntati paciscentium, ne dissoluto contractu penes alterum maneat arrha: & utcunque condici quoque arrha possit, iuxta eundem §. 7. quem contra temeratorem Ant. Fabr. alibi asseremus, tamen nec actio emti, quo contractu præstatio arrhæ continetur, negari potest: in quam rem, & quod utcunque à contractu principali discessum sit, omnis tamen obligatio sublata non censeatur, sed ea adhuc in aliis præstationibus subsistat, hactenus ut ex contractu agi possit, elegans est textus *in d. l. 6. §. 1. de contrah. emt.* ubi cum juxta pactum fundus inemtus factus, & ita emtio soluta esset, nihilominus ratione fructuum quos emtor percepit, & ratione eius quod interest, quanti minoris venditor postea fundum est venditurus, actio ex vendito competere dicitur. Rationem dubitandi ipse ICtus proponit in *vers. nec conturbari* quod fundus inemtus factus sit: sed rationem decidendi subjicit, quod magis spectetur quod actum sit, quam quod dictum est, id est, ut ipse explicat, quod mens paciscentiũ fuerit dissolvere principalem præstationem, ne videlicet emtor contra venditorem ad rem tradendam experiri posset: non autem ut omnis obligatio emti & venditi utrinque solveretur: quæ posteriora verba manifeste ostendunt, sublata obligatione eius quod principaliter est in contractu, adhuc posse superesse obligationem, ut propter alia ex contractu agi possit, adeoque ubicunque ex contractu agitur, necessum esse, ut aliqua obligatio ex contractu supersit: atquin disputamus hic de contractu qui ab initio nullus est propter dolum causam dantem, eaque nec actio superesse potest, cui facilius locus est, ubi à contractu initio valido postea fuit recessum: ut fortassis nihil hic opus sit adhibere distinctionem *Bart. in l. 7. de dol. n. 7.* an obligatio tollatur conventione partium, an dispositione legis.

Sed ut ad quæstionẽ nostram revertamur, hactenus confirmavimus opinionẽ communem, quam olim defenderunt Cittamontani, quos refert & sequitur *Iason n. 28. & seqq.* Sed ex adverso Petrus & cum eo Vltramontani *& Ioh. Fab.* hic sequuti sunt opinionem contrariam, quod contractus etiam bonæ fidei, licet iis dolus causam dederit, ipso iure subsistant: pro qua sententia duo præcipua faciunt argumenta, quæ digna sunt consideratione. Primum est: Vbi adsunt essentialia cõtractus, ibi non potest contractus ipso iure esse nullus: atquin etiamsi dolus causam det bonæ fidei contractui, adest consensus, adsunt alia essentialia: ergo ipso jure subsistit. Quod attinet propositionẽ maiorẽ, hac præmunitione opus esse videtur, quod cõtractus hic considerentur non ex mero iure gent. sed quatenus iure civili recepti & cõfirmati sunt: Minor quæ falsa videri possit, quod deceptio videatur excludere consensum, ita cõfirmatur: quod si consensus & contractus ipse non excluditur & vitiatur per metũ, nec etiam videtur excludi per dolum, at verũ prius, ergo, &c. Ratio connexi est, vel quia vis & coactio maxime videtur esse cõtraria voluntati, vel quia metus semper in sese habet dolum per *l. iter. fi. 14. §. cum qui. 13. quod metus caus.* Assumptum non obscure quidẽ negat Cuiac. ad *l. si quis. 36. de verb. oblig. in pr.* ubi hanc regulam juris certissimam esse scribit, quod dolus vel

D metus

metus causam dantes contractibus bonæ fidei, faciat eos ipso jure nullos. Verum lapsus non dubie est Cuiac. & contraria sententia, quod contractus etiam metu extortus ipso jure valeat, & communissima & verissima est, tum ex textibus juris *l. si mulier. 21. §. ven. quod met. caus.* & ex ipsis verbis edicti prætoris in *l. 1. eod. quod metus causa gestum erit, ratum non habebat*, neque enim restitutione opus esset, si contractus ipso jure esset nullus, & non nisi inepte ad metum aut vim quandam incidentem edictum istud prætoris referre possis: tum etiam probatur illa opinio per rationes Philosophicas quas adduximus ad *Treutler. pag. 1. disputation. 28. thesis. 2.* iisque ostendimus actiones per vim extortas esse voluntarias, utcunque *Aristoteles lib. 3. Ethic. cap. 1.* aliquo respectu eas appellet mixtas. Stante adeo assumptione argumenti, neganda est ratio connexi in maiore, quod à metu ad dolum non rectè inferatur. Rationem differentiæ hanc vulgo reddunt Dd. quod qui vi compulsus aliquid facit, hoc ipsum velit quod facit, & sciat quid faciat, & quid velit, nec aliud ille qui metum infert, agat: in dolo autem cum aliud agatur aliud simuletur, consequenter in decepto excludi scientiam, & ita porro cum dolus ignorantiam pariat, excludi consensum: & ita *Salicet. in l. si vi. 3. C. quod met. caus. numer. 16.* dolus simplex, inquit, est alteri contrahenti incognitus, unde cessare videtur eius consensus, sed dolus qui in metu inest, eius consensum cessare non facit, cum ei innotescat. Sed *Bart. in d. l. 7. de dol. numer. 6.* hanc rationem differentiæ dupliciter impugnat, quoniam sine consensu nulla subsistere potest conventio: dum quod dolus sit extra contractū, atque adeo V. D. venditio, in qua consentitur in rem & pretium, non videri possit ipso jure nulla. Ideo Bart. hanc reddit rationem, quod dolo inductus ad contrahendum censeatur consentire sub conditione, si ita se res habeat, ut existimet, cum autem aliter se habeat, & ita erretur in causa consensus, non posse subsistere contractum. Sed hic quoque ead. est objectio, quod etiam stricti juris contractus deficiente conditione sub qua initi sunt, deficere sit necesse: & quod replicat Bart. in stricti juris contractibus non attendi hanc conditionem, petitio est principii: aut ead. ratione dicam, defectum illum consensus, quem operatur dolus, non attendi in bonæ fidei conventionibus & illud de conditionali consensu commentum esse videtur. Potest rectè defendi communis traditio, quod videlicet non sit absolutus defectus consensus, & quod stipulationem V. C. sustineat solennitas verborum quæ deficit in venditione, & cum de natura huius sit, ut omnia præstentur ex fide bona, ex æquo & bono, & bonæ fidei quæ in his contractibus exuberantior requiritur, maxime repugnet dolus malus *l. 5. C. de rescind. vend.* ubi principium vitiosum est & infectum, & alter alterum dolo ad contrahendum inducit, non potest contractus validus haberi: eoque pertinet quod Bald. scribit in *l. sub prætextu. C. de transact. circa fin.* quod dolus in bonæ fidei contractibus excludat qualitatem substantialem (malim dicere naturalem) quæ inest à propria & speciali natura contractus, sed in stricti iuris est contra qualitatem accidentalem & generalem omnium contractuum. Atque hinc defendi potest, quod ex hac causa omnes contractus bonæ fidei sint ipso jure nulli: quamvis mihi semper magis placuerit sententia quam proposui ad *Treutler pag. 1. disp. 28. th. 2.* ut communis opinio restringatur ad contractus qui consensu constant quoniam in cæteris interventus rei videtur sustinere contractum, ne ipso jure sit nullus: idque confirmatur ex iis, quæ mox de potestate

tradi-

traditionis dicemus. Porro quod pro confirmatione connexi à metu ad dolum in superiori argumento dicebatur, in metu inesse dolum, ad hoc ex sententia dd. *Salicet. in d.l.3. num. 16.* respondet, quod aliud sit in dolo simplici, aliud in dolo velato qui est in metu: quamvis si verba sequaris, simplex dolus potius sit velatus: & rectius alii distinguunt inter dolum qui est in verbis, cum aliud simulatur aliud agitur, & inter dolum qui est in rebus ipsis & factis, & significat parvum peccandi propositum, essentiamque omnium delictorum constituit. Et hæc de prima ratione Vltramontanorum.

Altera ratio est ex qua causa transit dominium vel etiam conditio usucapiendi, ea non potest censeri ipso jure nulla. Atquin ex contractu bonæ fidei cui dolus dat causam tale ius transit: ergo, &c. Maioris ratio est ex vulgata *l. nunquam. 31. de acquir. dom.* quod nuda traditio sine causa præcedente nihil operetur. Assumptio varie confirmatur: & abducitur 1. *l. dolum. 5. C. de rescind. vend.* ubi dicitur contractum rescindi: cui ibi dolum dedisse causam tum verba textus suadent, tum inde confirmat Accurs. quod alias non rescinderetur contractus totus, sed ob dolum incidentem ageretur ad interesse. 2. quod nusquam legimus in hoc casu dari vindicationem, quæ utique competeret si dominiũ translatum non esset, sed datur actio doli, vel ut *Bart in l. 7. de dol. in pr. n. 7.* condictio indebiti generalis, & ut idem addit, sed parum iuri nostro congruente, officium iudicis. 3. fortiter facit textus in *d. l. 7.* ex quo iuxta supra dicta probatur, utcunq; venditioni servi dolus dederit causam, nihilominus tamen valere sequutam manumissionem, quæ tamẽ tenere non posset, si manumittens non fuisset dominus, facit *l. 3. C si advers libert* Et hinc porro amplius pro Vltramontanis tale argumẽtum proponit *Bald. in d l subpratextu C de transact* Vbi non impeditur translatio dominii, ibi & multo minus debet impediri nativitas obligationis *arg. l. 4. de contrah. emt.* ex qua venditio consistit etiam in homine libero & re sacra, licet earum rerum non possit esse dominium. Atquin iuxta iam dicta ubi dolus causam dedit non impeditur translatio dominii: ergo nec nativitas obligationis. Ad hoc argumentum respondent Citramontani, hunc effectum esse traditionis, ut ex causa quæ de facto tantum processit transeat dominium: Ita enim *Cyn. in d. l. sub pratextu 19. Codic. de transact.* quod ex inutili contractu transferatur dominium per traditionem sequutam: ad quod pertinere ait verba Bulgari elegantia, ea ut puto quæ referuntur à Bart. *in d. l. 7. de dol. numer. 3.* præcessit venditio infirma, sequitur traditio sed infirmanda. Magis perspicua sunt in hanc rem verba Bald. *in sæpe d. l subpratextu col. 2.* quæ quia huic rei expediendæ inprimis deserviunt, adscribere placet. Concedo, inquit, quod fortius impeditur dominium quam obligatio, quando ead. est ratio vel maior impediendi: (ita enim ibi legendum est) sed quando ratio ordinatur ad obligationem impediendam non dominium, ibi impeditur obligatio, sed non dominium, ut *in l. 7. de dol.* Ratio, quia non procedunt ab ead. causa: nam obligatio non potest esse sine vero & efficaci contractu, sed dominium potest transferri ex causa putativa: unde non requirit efficaciam præcedentis contractus, fundatur enim saltem in quadam sui immediata causa, id est, in consensu transferendi dominii, non in robore contractus. Hactenus Bald. qui nimirum hoc intelligit, quod traditio ipsa cum animo transferendi dominii, juncta opinione tradentis, qui putat causam esse habilem & idoneam, sufficiat

ad transferendum dominium,& *Accur. in l. multum 6.C. si quis alteri,vel sibi,&c* diserte affirmat,quod ex inutili contractu transeat dominium:ubi etiam addit rationem : & hinc etiam est,quod licet matrimonium nullum sit, dos tamen data condicatur *l.pen.in fi.C de interdict. matrimon.* Et hoc confirmatur ex *l.3.§ subtilius.8. vers.quid ergo de condict.caus.dat.* ubi servus falso & per errorem putabat se debere heredi decem dare ut liber esset,& tamen respondet JCtus,si vel ipse liber factus vel alius pro eo decem solvat, nummos fieri accipientis : atque ita ex falsa & putativa causa dominium transfertur. Itemque firmatur ex eo,quod nemo dubitat transire dominium in accipientem,si quis indebitum solvat, quandoquidem condictio non nisi contra dominum datur, & fit tamen solutio ex causa erronea & falsa. Atque hanc sententiam de effectu traditionis ex Dd.refert *Iasin l sub praetextu C. de transact.num.*11. licet ipse quaedam contra moveat,ut tamen se remittat ad doctrinam Baldi *in l.non dubium C.de legib.*qui *col.8.in princ.in oppositione decima*, eadem pene tradit,quae supra ex *eod in d.l.sub praetextu* retulimus. Atqui haec de quaestione ista , non usque adeo vulgo obvia differere hic volui: caetera protrita,videri possunt apud exscriptorem Hunnium ad Treutl. *de empt. vendit.th.1.in fin.*ubi tamen homo ille tantum superficiarie in iure eruditus prorsus negat dominium transferri per traditionem , ubi dolus causam dedit contractui, ideoque vindicationem superesse falso existimat : quam etiam sententiam recte improbavit. *Ant. Fab.in rationalib.ad l.7 de dol mal in princip.* ubi rectissime ait,actionem doli necessariam esse: & suavis est Hunn.dum negat hoc de actione doli probari *ex l 5. C. de rescind, vend.* neque enim necessarium est id ex ea lege probari,qua neque Fab.nititur,sed ratione & textu *in d.l.7.de dol.mal.* Vtiq; longe ineptius vindicatio rei dicetur dari pro rescindendo contractu:& facilius cum Bart. admiserim officium iudicis vel condictionem sine causa , cuius utpote actionis generalis cum actione doli concursum communissime admittunt Dd. quod etiam Hunnius ignoravit,sed de eo nunc non disputo : Errat autem hac in re etiam Faber.& magis in eo,dum ideo ex traditione contractum vires assumere putat,quod licet nullus sit,tamen sit nullus favore decepti,qui cum tradiderit,hoc ipso declarat se velle contractum valere. Etenim & falsum est prius illud, quod contractus tantum sit nullus favore decepti:& posterius est ineptum quoniam ponimus cum ipso Fabro,ab ignorante dolum rem traditam fuisse : nulla autem est approbatio ignorantis.

XVIII.

Huc referendum est quod Accurs. tradit in nostro §. actionum.28. in hanc sententiam quod dolus aut dat causam contractui , aut in eum incidit : utroque casu si contractus fuerit stricti iuris,dolus purgatur actione doli vel exceptione doli:sin bonae fidei,hoc casu purgatur actione contractus vel exceptione doli:illo cō tractus est nullus & est actio doli.

Nimirum

Nimirum duo hic occurrunt casus principales: alter ubi qui dolum commisit, alter ubi qui dolum & damnum passus est, movet vel moturus est controversiam. Priori casu decisio simplex est: quod ille excludatur exceptione doli, quod Accursio significat dolum purgari per exceptionem: eaque exceptio doli omnimodo locum habet ex causa contractuum stricti juris, quia hos dolus nunquam facit ipso iure nullos: itaque semper excipiendum est de dolo, sive dolus causam dederit sive inciderit, sive initio, sive ex post facto intercedat *l. dolo. C. de inutil. stipul. l. si quis. 36. de verb. oblig.* Ubi autem dolus bonæ fidei contractibus causam dedit, non potest proprie loquendo exceptioni doli locus esse, nisi ei, quam Dd. facti & intentionis appellant, qua quis negat alteri competere actionē. Posteriori casu principali sive dolus dederit causam contractui bonæ fidei, sive stricti juris, est actio doli, licet illic contractus sit nullus: hic valeat: (nam in stricti juris contractibus nihil interest hic, an dolus det causam an incidat, nam utrobique contractus valet, & actio doli necessaria est) cum tamen ubi bonæ fidei contractus valet, in quem incidit dolus, locum habeat actio contractus, qua purgetur dolus *l. Iulianus. 13. §. si venditor. 4. cum § seq. de action. empt. iunct. l. 2. C. de action. emti. l. & eleganter. 7. § non solum in fin. de dolo malo.* Ratio differentiæ petenda est à qualitate contractuum bonæ fidei, qui habent fines latiores, & quibus semper inesse censetur clausula, dolum malum abesse abfuturumque esse: ideoque si quid alterius dolo damni mihi illatum est, actio contractus locum habet. Sed contractuum stricti juris sunt angusti fines, & cum V. C. in stipulatione nihil veniat nisi quod expressum est verbis, in quibus tota & sola essentia contractus subsistit, fit inde, ut ubi non expresse clausula doli stipulationi inserta est, vel separatim de dolo cautum, deficiente actione contractus, de dolo sit agendum, *l. Et eleganter. § non solum. 3. in fin. de dol. mal.* Hoc etiam addo purgare dolum proprie dici, ubi contractus valet, quoniam scilicet contractus ita quasi rectificatur & purgatur à dolo: quod dici non potest ubi contractus est nullus: quo ipso tamen casu decepto cuius interest, juxta supra notata actio doli datur. Addendum est, quod in contractibus bonæ fidei, ubi res adhuc integra est, si conveniatur qui dolum passus est, ipsa æquitate judicii purgetur dolus, & scilicet officio judicis, quod hic tantum potest, quantum in strictis, exceptio doli, quæ nimirum bonæ fidei iudiciis inest: de quo pluribus infra thes. 21.

XIX.

Ex eo quod supra diximus, in bonæ fidei iudiciis, quicquid interest, & æqui bonique ratio suadet, adiudicandũ, ea quoque proprietas, quæ in præstandis accessionibus spectatur, descendit.

Accessiones duorum præcipue generum sunt, usuræ & fructus. Hi præstantur etiam in stricti iuris iudiciis, sed demum post litem contestatam, ex quo tempore omnis causa præstanda est *l. videamus. 38. §. si actionem. 7. de usur.* in bonæ fidei judicis, non dubie præstantur ex mora etiam extraiudiciali, veluti in actione legatorum *l. 3. in princip. de usur.* de quo pluribus actum est *ad Treutler. de legat. thes. ultim.* Jn actione ex vendito veniunt omnes, quos emptor re non

jure occupata accepit, *l. 2 C. de act empt.* In actione mandati, commodati, depositi, pignoratitia omnes omnino fructus veniunt. Vsuræ quoque in bonæ fidei judiciis à tempore moræ præstari protritum est, *l mora. 32. de usur.* sive interpellatione sive re ipsa contracta sit: quod ex propriis locis huc repetendum est. Quin & aliquando sine aliqua consideratione moræ adjudicantur, in compensationem alterius rei, quam alter percepit: ex quo emptor qui percepit fructus rei traditæ ob hoc ipsum tenetur præstare usuras pretii *l. 4. C. de action. empt.* quamvis dici possit hic committi moram ex re, quoniam emptor ex quo rem accepit, pretium solvere tenetur. In stricti juris judiciis usuræ non debentur ex mora nec judiciali quidem: quæ communissima Doctorum sententia est, per *l. 3. C. de usur. l. Titius 24. de præscript. verb.* quibus locis nonnisi ex stipulatione pecuniæ creditæ usuras deberi scriptum est: & cum in *d. l. 58. §. 7 de usur.* tantum fiat mentio fructuum, hoc ipso usuræ tacite exclusæ censentur, quarum etiam diversa longe sit ratio quam fructuum, qui ex re ipsa nascuntur. Sed tamen *Coras. 2. miscell. 7.* cornicum hic oculos configere voluit, & in mutuo quidem communem sententiam admittit, sed in cæteris stricti juris actionibus à tempore litis contestatæ usuras deberi contendit: sed cum animadverteret sibi incumbere onus probandi, siquidem non occurrit differentiæ ratio inter mutuum & stipulationem, adducit textum in *l. lite 35. de usur.* ubi dicuntur usuræ currere lite contestata. Sed miror iudicium hominis qui ex illo textu inexpugnabilem regulam se habere dicit, quod extra casus nominatim exceptos usuræ ex die litis contestatæ deberi incipiant: cum tamen huic rationi vel obiectioni etiam dupondii hodie respondeant ex collatione *l. novatione. 18. de novat.* quæ cum *d. l. 35.* est ex eodem libro Paul. 57. ad edictum. Et nimirum quo sensu in *d. l. 18.* usuræ dicuntur non currere, eodem sensu contrario in *d l. 35.* dicuntur currere: non currere dicuntur, quorum cursus sistitur, & quæ deberi desinunt, ubi scilicet per novationem quam voluntariam Doctores appellant reus liberatus est: & ergo currere dicuntur, quorum cursus non sistitur, sed quæ porro debentur, ubi cum debitore judicium acceptum est: quo eodem sensu Impp. *in l. 1. C. de iudic.* judicio cæpto negant usurarum stipulationem esse peremptam. Ratio dubitandi erat, quod etiam per litis contestationem inducitur quædam novatio, *argum. l. 3 § 11. de pecul. l. delegare. 11. §. 1. & l. aliam. 29. de novat.* Sed ratio decidendi in contrarium, quoniam alia causa est novationis proprie dictæ, alia, quam vocant necessariam, quæ fit per litis contestationem, quo nemo conditionem suam facit deteriorem, *d. l. 29. de novat.* Sed his actum est ad Treutl. pluribus, *part. 1. disp. 3.*

XX.

Huc etiam circa eosdem fructus refero differentiam non obviam vulgo, quod in bonæ fidei iudiciis præstantur fructus percepti eo tempore quod iudicatis datur, nõ autem in stricti iuris actionibus.

Diver-

Diversitatem istam perspicue tradit Papinianus *l. 3. in princip. & §. 1. d. usur.* & refert ibi decretum Antonini, ex quo commoda præstari debeant fideicommissaria, intermisso legitimo tempore, quod datur iudicatis: quod decretum Papinianus limitat & restringit ad eum casum, quo hæres nulla præcedente frustratione, cum iure prætenderet Falcidiæ rationem, ad iudicium vocatus & condemnatus fuit: cæteroquin absurdum esse docet, ubi iam ob moram hæres fructibus præstandis obligatus sint, ut ullum postea tempus ab iis sit immune, quod præsertim tempus illud judicatis ex æquitate concessum, dilationem tantum dare non etiam lucrum debeat afferre: inde subiicit in §. 1. in iis quoque iudiciis, quæ nec arbitraria, nec bonæ fidei, adeoque stricti iuris sunt, post litem contestatam præstandos esse fructus. scilicet usque ad sententiam: certe enim (ut verba sequentia habent,) tempus post rem iudicatam à fructibus dependendis immune esse. Et hæc differentia confirmatur ex ratione decidendi, qua Iurisconsultus utitur in princ. textus circa bonæ fidei iudicia: quod cum ante litem contestatam cœperint deberi fructus, nec quisquam litem contestando conditionem suam faciat deteriorem, merito nullum tempus admitti debet, quod liberum sit à præstandis fructibus: quæ ratio cessat in judiciis stricti juris: & omnino in eo §. 1. particula, *certe*, requirit lectionem affirmantem. Verum huic sententiæ, quæ in d. §. 1. proponitur, duo obiicit Anton. Fab. 1. quod cum à lite contestata fructus debeantur in stricti juris actionibus, *d. l. 3. §. 1. & l. 38. §. 7. de usur.* absurdum videatur non deberi eos eo tempore quod condemnatis datum est, quod præsertim ipse Papinianus negat debere afferre damnato lucrum. 2. quod *in princip d. §. 1.* Papinianus dicat in his quoque iudiciis: ut non differentiam, sed potius convenientiam utrorumque iudiciorum Iurisconsultus proponere voluisse intelligatur. Ad primum responderi potest, quod reus in stricti iuris judiciis fructus teneatur præstare quasi in pœnam, quod litem contestari quam bonam fidem agnoscere maluerit, ut proinde sufficere debeat actori illos consequi fructus, qui toto illo judicii tractu usque ad sententiam percepti vel percipiendi fuerunt: & cum lite non contestata nullos fructus actor consequutus fuisset, nec rationis est ut damno fructuum mulctetur reus, quos tempore judicatis concesso quo extra omnem culpam fuit percepit. Atquin in bonæ fidei contractibus fructus debentur sæpe etiam citra moram, utique ante litem non contestatam: & cum igitur nullo constituto judicio porro cucurrissent fructus, absurdum fuerit, aliquod postea tempus ab iis præstandis esse vacuum, ex ratione *l. 29. de novat* quod nemo contestando litem conditionem suam faciat deteriorem. Altera obiectio est prorsus inepta: quoniam comparatio utrorumque judiciorum in hoc unico tantum & in genere quasi proponitur, quod in utrisque debeantur fructus: sed hæc nominatim *& in princ.* & in §. 1 annexa est differentia, quod in bonæ fidei judiciis & speciatim in actione legatorum, quæ hac in re illis comparatur, fructus debeantur à simplici mora: sed in stricti iuris judiciis demum à die litis contestatæ: ex quo porro altera quã hac thesi notamus, differentia descendit, quæ est in vers. certe d. §. 1. & quam ideo Papinianus nominatim exprimere voluisse videtur, ne quis ex convenientia illa communi, quæ est in pr. §. 1. in altero quoq; his actiones inter se cõvenire existimaret. Et proinde imperita & improbabilis est emẽdatio, an corruptio potius A. F.

qui

qui *in d. l. 3. §. in fin.* vult legi adiecta negatione, *immune nec est*, vel *immune non est.*

XXI.

Libera potestas iudicis in bonæ fidei actionibus, cuius supra meminimus, etiam hoc non exigui momenti cõtinebat, ut exceptiones formulæ non insertas, & à reo quandocunque & usque ad sententiam propositas, admittere posset.

Non existimandum est, quod judex ipse exceptiones à reo omissas suppleverit, quod eum non facere probavimus, ad *Treutler par 2. de except. thes. 7. lit. c.* sed quod obiectas à reo etiam postquam à prætore discessum erat, audiverit: idque docet oppositio quæ hac in re est inter bonæ fidei & stricti iuris actiones, quod in his nihil admittere poterat iudex, nisi quod expressum erat in formula, quam ita scilicet concipiebat prætor: Si pater reum ex mutuo vel stipulatione debere decem, nisi pactus est vel nisi iuravit, &c. iudex condemna: quibus non adiectis frustra reus postea exceptionem pacti aut juramenti pedaneo judici allegabat: (quod autem usque ad sententiam exceptiones opponi posse legimus, hoc explicatum est ad *Treutler. d. disput. de except. th. 5. lit. b. &c.*) nihil scilicet actionibus stricti juris continetur, nisi quod est in formula: sed actionibus bonæ fidei propter clausulam ex bona fide, quædam continentur quæ non sunt in formula, scilicet nominatim & expressim, quoniam continentur in genere vi & potestate clausulæ illius, qua hanc facultatem judici pedaneo concedit prætor. Et hoc esse videtur quod legimus, exceptiones inesse bonæ fidei iudiciis, & officio judicis contineri, ut eas admittat: quomodo scriptum est de exceptione doli *in l. huiusmodi 84. §. qui servum. 5. de legat. 1. l. sed si ideo. 21. in fin. sol. matr.* & de exceptione pacti in *l. 3. de rescind. vendit.* hanc enim esse phrasis illius, *exceptiones insunt bonæ fidei iudiciis.* sententiam, quod implicite & potestate clausulæ & natura actionis exceptiones ita contineantur, ut iudex ex officio earum rationem habere possit, confirmatur *ex l. plane 38. de petit. hared.* ubi officio iudicis hoc contineri dicitur, ut impensæ præstentur, nec desiderari exceptionem doli, id est, non necessum esse, ut exceptio illa formulæ inseratur: quod idem traditum est in *l. ult. eodem tit.* licet non excipiatur, id est, licet exceptio formulæ inserenda apud prætorem non proponatur, satis officio judicis consuli. Ex quo ut obiter hoc addam videri possit iam olim petitio hæreditatis habita inter bonæ fidei judicia, quod dubium se decidisse profitetur Justin. in hoc § nostro: eoque à quibusdam referri solet, *l. Seia. 42. de mort. caus. donat.* ut scilicet illa verba, *bona fidei iudicio constituto.* significent petitionem hæreditatis, quæ opponatur rei vindicationi singulari, quæ in principio textus instituta proponitur, & ita distinguat Iurisconsultus, an hæredes moverint vindicationem singularem an universalem. Sed tamen hoc quod diximus *ex l. 38. & ultim. de petit. hered.* commune etiam videtur rei vindicationi singulari & quod in ea quoque officio judicis serventur impensæ, *per l. sumptus. 48. de rei vindicat.* per ea quæ diximus ad *Treutler part prima, de petitione hæredit. thes. ultim.*

Et in

Et ineptus est Fabr. qui *decad* 89*.err.*9*.ex d l.*48. vult expungi verba, *per officium iudicis*: siquidem summæ rationis est, ut circa expensas eadem æquitas habeat locum, in rei vindicatione singulari, quæ in universali: in qua constat etiam citra exceptionem formulæ insertam officio iudicis servatas fuisse expensas, per textus citatos in *l.*38. *& vult.de petit. hered.* nam quod idem *Fab.decad.*26. putat minus esse per officium iudicis consuli, quam per exceptionem, turpis error est, quem explosimus *ad Tr. p* 1.*de petit. hered. ult.* Porro nimirum videri non debet, quod hac in re arbitraria actio imitatur naturam actionum bonæ fidei: quamvis hoc fortasse videatur attribui posse qualitati realium actionum, & conditioni expensarum: quæ cum partem rei quodammodo faciant, & propter eas non deductas condictionem competere alibi legamus, non immerito iudicio quoque in rem hæc exceptio visa fuit inesse debere.

Licet autem explicatio illa propositionis, qua exceptiones dicuntur inesse bonæ fidei judiciis, quod scilicet judex pedaneus eas non insertas formulæ admittat, omnino probabilis sit, tamen contra illam scrupulum movet, quod traditum est in *d.l.*3 *de rescind. vendit.* agi exempto non posse, quoniam exceptio pacti insit bonæ fidei judiciis, utique enim ubi apud judicem pedaneum proponitur exceptio ante omissa, & actum est & adhuc agitur, neq; quod actione & officio iudicis exceptio continetur, efficere potest, ut actio nulla sit, & ut agi non possit: quin imo illa sese invicem destruere videntur, exceptionem inesse, & apud judicem pedaneum admitti, & agi non posse: quia exceptio præsupponit actionem, & actio negata excludit exceptionem proprie dictam: ut adeo explicatio illa non videatur convenire textui *in d.l.* 3.*de rescind. vend.* Non video hoc ab aliis moveri, & mihi tamen satis hoc obscurum & difficile est. Dicendum necessario videtur, non unam eademque phrasis illius ubique esse sententiam, & specialem quærendam explicationem ad *d.l.*3.*de rescind. vendit.* Nimirum ibi per quandam metonymiam causæ & effectus videtur dici inesse exceptio, id est, inesse pactum quod exceptionem parit: sicut in *l.*7.§. *adeo.*6. *de pact.* dicuntur exceptiones postea factæ inesse bonæ fidei judiciis, id est, ipsæ pactiones: quod videtur observasse & voluisse Accurs. qui ad d.l.3. intelligit pactiones adiectas, quæ in continenti fiunt, vel eiusdem sunt effectas cum interponuntur circa essentialia contractus re adhuc integra: nam ita ICtus in *d.l* 7.§ *quin imo.*5. *de pact.* cum dixisset pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis, & actionem formare, mox in § seq. subiicit, adeo inesse bonæ fidei judiciis, ut constet in emptione cæterisque re nondum sequuta posse arbiri ab emptione, ita ut nulla amplius actio ex emto supersit: sicut enim pacta adiecta quæ addunt aliquid, ita dicuntur inesse, ut forment actionem & augeant: ita pacta dissolutoria faciunt ex adverso, ut actio pereat: de huiusmodi autem pacto resolutivo agitur in d.l. 3. licet enim ibi fideiussor acceptus proponatur, tamen cum nec dum res tradita, nec pretium fuerit solutum, res non desiit esse integra, coque pactum resolutivum vim suam operatur, ut ex empto agi non possit: quoniam huiusmodi pacta ipso iure tollunt obligationem *in d.l.*7.§.8.*l. si unus.*27.§.2.*verf. idem l. ab emptione* 58.*de pact. l. pacta* 72.*in f. pr. de contrah. empt.* Quamvis autem hæc probabiliter ita ad d.l. disputentur, suspicor tamen aliquid amplius & nescio quid abstrusius propositione illa, qua exceptiones dicuntur inesse bonæ fidei judiciis, contineri: quod ut suspicet, facit *d.l. huiusmodi* 84.§. *de legat.* 1. ubi dicitur: si quis ignorans servum sibi legatum cum emerit ab herede, absolvi

debere actione ex vendito: quoniam exceptio doli bonæ fidei judicio, cuiusmodi est actio ex vendito, insit. Quem locum nimis superficiarie & oscitanter expenderunt, qui pro ratione notant, quoniam bis eandem rem consequi non debet: nam præterquam quod hoc plane est extra rem, siquidem legatarius ibi absolvendus dicitur ne cogatur præstare pretium servi, quem ex legato hæres debuit, nihil hoc quoque facit ad explicandam vim illam rationis qua utitur ICtus, quod insit exceptio doli bonæ fidei judicio: siquidem dubium non est, quin exceptio doli faciat, ut reus qui eam opposuit stricti juris actioni, omnino debeat absolvi: adeoque nihil ibi operaretur ratio ICti, desumpta à qualitate judicii, quod bonæ fidei est. Cum autem minime probabile sit imo absurdum, quod ratio illa sit vana, consequenter non potest ita locus ille explicari, ut nude significet, quod exceptio doli opposita faciat ut reus absolvatur, sive inserta sit formulæ sive non, ad demum post litem contestatam apud iudicem pedaneum proponatur: hactenus enim quod hunc effectum, ut iudex pedaneus reum absolvat, nihil inter ista duo interest: & ergo cum in qualitate judicii decisionem suam fundet ICtus, aliquid aliud hic subesse oportet. Haud scio, & aliis iudicandum relinquo, an res ita possit & debeat explicari. Exceptiones quæ apud iudicem pedaneum demum discutiuntur, eius sunt conditionis, ut dici possint prorsus ab actione esse separatæ, cum nec ullo modo faciant, quo minus actione sit opus, non magis pene, quam si non adessent: qua de causa iis non obstantibus prætor actionem concedit, & tractationem exceptionum ad iudicem pedaneum remittit: itaque hoc respectu exceptiones non possunt dici inesse actionibus. Legimus contractibus inesse conditiones, quibus obligatio suspenditur & modificatur: ad quam rationem forrassis exceptiones doli vel pacti non absurde dicentur inesse bonæ fidei iudiciis, eo sensu, quo hoc traditur in *d.l.84 §.5.de legat.1.* ut videlicet actionem quasi sub conditione suspendant & eam ita afficiant, ut quamdiu obtinent vires actionem dari impediant. Et hoc repeto pristinam meam coniecturam, quam licet alii fini proposui ad *Treut. p.1.disp.28.th.2.in f. quæstionis*, an dolus causam dans contractui bonæ fidei faciat ipso iure nullum: quod scilicet exceptiones doli pacti, &c. actionibus bonæ fidei apud prætorem oppositæ, hoc olim fuerint operatæ, ut prætor ipse de iis cognoverit, & iis cognitis actionem protinus negaverit, quandoquidem istæ exceptiones quasi se non compatiuntur cum actionibus bonæ fidei, in quibus venit quod æquitati congruit. Atque ita explicari potest quod in *dict.leg.84.* dicitur reum absolvi actione ex vendito, quod scilicet protinus ab ipsa actione prætor liberet reum repulso actore à limine judicii: alias enim non video, quomodo non inepta futura sit ratio ICti: quoniam ut dictum, per exceptionem doli obiectam etiam in stricti iuris iudiciis reus consequitur absolutionem. Eodemque etiam extra casum pacti resolutorii referri potest quod est in *lege 3.de resc.vend.* exempto agi non posse, quia exceptio inest: idque, & quod propter inexistentiam exceptionum agi non possit, bene confirmatur ex *lege si is cui 71. in princip. de furt.* ubi ita scribit ICtus: si furti actum est, commodati actio extinguitur: si commodati actione furti obiicitur exceptio: vides, ibi commodati actionem extingui, non actionem furti, sed ei obstare exceptionem: non alia diversitatis ratione, quam quia exceptio doli inest actioni commodati, atque ita facit, ut commodati agi non possit.

possit. Hæc autem non eo pertinent, ut propterea improbandam eredam explicationem primam hujus propositionis, qua exceptiones inesse dicuntur bonæ fidei judiciis, quoniam omissæ apud prætorem, quod facile contingere potest, allegari postea possint apud judicem pedaneum: nam & hic sensus optime convenit, quod prætor dictans formulam cum clausula, *ex bona fide*, exceptiones omnes implicasse & tum earum allegationem reo, tum cognitionem judici permisisse censeatur.

XXII.

An vero exceptio doli opposita stricti iuris iudicio, efficit, ut id bonæ fidei efficiatur.

Ita quidem cum Græco quodam Interprete statuit *Cuiac. libro 3. observat. 17. & in notis marginalibus, ad §. fuerat. Institut. de action.* & idem repetit 22. *observat.* 8. ubi in genere ait, quod exceptio illa omne judicium faciat bonæ fidei: verum tam absurdam & ineptam opinionem viro docto in mentem venire, & multo magis, probari potuisse, demiror. Diximus supra, quod qualitas ista & distinctio actionum procedat à natura ipsorum contractuum, propter quam actioni prætor adiicit clausulam ex bono & æquo, quoniam in id obligatio nascitur, quod utrinque præstari æquum est: & consequenter cessante tali obligatione, non potest actio bonæ fidei esse: atquin perridiculum sit dicere, quod exceptio doli opposita variet naturam obligationis: & adhuc magis ridiculum sit dicere, quod propter dolum commissum ab actore in contrahendo obligatio nascatur in id, quod ex bona fide præstari oporter, & ita mirabili metamorphosi stipulatio vel mutuum, propter dolum stipulantis vel creditoris transformetur in contractum bonæ fidei: ubi autem contractus stricti juris manet, ut quidem manere certissimum est, non potest actio esse bonæ fidei. Sed & inauditum hactenus est, quod ulli actioni ex stipulatu vel mutuo adjecta fuerit à prætore clausula, ex bona fide, citra quam nulla actio bonæ fidei esse potest. Et cum indefinite loquatur Cuiac. & sub exceptionem doli generalem omnes pene exceptiones reduci possint, juxta illam sententiam tota pene hæc differentia actionum tolleretur: & legimus in *lege si quis 36. de V. obligat.* etiamsi stipulator nullum initio dolum commiserit, si tamen postea contra bonam fidem petat, exceptionem doli ei opponi: nec nisi absurde & inepte quis ibi actionem bonæ fidei esse statuerit: plane non tantum de exceptione pacti legimus quod insit bonæ fidei iudicio, sed eadem æquitatis ratio in exceptione metus, iusiurandi, &c. occurrit: nec ulla ratio fingi aut excogitari potest, quæ possit exceptioni doli hunc conciliare effectum: quod præsertim ita futura sit eius qui dolum passus est conditio deterior, cum in bonæ fidei iudiciis plenius V. C. circa fructus & usuras reus condemnetur: Sed absurdior hæc est opinio, quam ut pluribus sit refutanda, quod etiam bene præstitit *Anton Fab.* 14. *coniect. cap.* 18. Animadverto ex dictis notis *Cuiac. ad §. fuerat Institut. h. t.* ab eo confirmationem istius opinionis peti, quod cum dixisset Iustin. in bonæ

 fide

fidei judiciis admitti compensationes, mox subiicit, in stricti quoq; juris actionibus opposita exceptione doli compensationi fieri locum: inde enim concludi posse videtur, quod per objectionem istius exceptionis judicium stricti juris ad naturam bonæ fidei actionis redigatur. Sed 1. non si una qualitas tribuitur actioni stricti juris, protinus indesinite affirmandũ est, eam fieri bonæ fidei. Deinde adducitur in *d.* §. *fuerat*, quod hoc fit effectum constitutione Marci, & proinde vitiose tribuitur naturæ & conditioni exceptionis: nec quicquam aliud eo §. significatur, nisi quod Imperator Marcus voluerit in stricti quoque juris judiciis admitti compensationem, ex regula illa juris, quod dolo faciat, qui petit quod restitutus est: ideoq; reo convento exceptio doli accommodata fuit: & videtur in bonæ fidei judiciis ipso jure compensationi fuisse locus. Plane exceptio doli inesse dicitur bonæ fidei judiciis: itaque si exceptio doli à prætore inseritur formulæ stricti juris judicio & actio datur, implicabit contradictionem, quod exceptio doli faciat bonæ fidei judicium: cui locus non est, ubi dolus actoris allegatur. Quod autem ad *l.* 42. *de donationib. mort. caus.* attinet, iam notavimus & th. præced. & superius, verbis, *bonæ fidei iudicio constituto*, significari motam petitionem hæreditatis: quæ explicatio apud Accurs. quoque extat & confirmatur *ab Ant. Fabr. d. loc.* Et nimis levia sunt quæ contra istam interpretationem movet Cujac. quod ICtus hoc expressisset, si petitionem hæreditatis intellexisset: quod dixisset judicio instituto, non constituto: quod Iustinianus demum introduxerit ut petitio hæreditatis esset bonæ fidei. Etenim ICti sæpe elegantiæ cuiusdam causa amant obscurius loqui, & sententia Papiniani deprehendi potest ex præmissis & quasi oppositione actionis in rem singularis: neque verbum *constituto*, aut barbarum aut eo loco ineptum est: & non raro Iustin. sibi adscribi jam ante Iust. hoc aliquos probasse. Porro *ad l.* 6. *C. de except.* recte respondet *Ant. Fab.* 14 *coniect. c.* 19 & utique alia exceptionis ratio est, alia replicationis, quæ datur actori: & jam ante diximus hanc esse naturam, exceptionis doli & pacti ad bonæ fidei judicia, ut ea pene evertant, & à prætore statim negari actionem faciant: itaque judicia hæc per exceptionem pacti elisa & exclusa, replicatione doli ab actore objecta, vires recipiunt & quasi denuo existere incipiunt: qui scilicet sensus est *d. l.* 3. *C. de except.*

XXIII.

Liberæ potestati judicandi ex æquo & bono, hunc effectum adscribit Iustinianus *in* §. *in bonæ.* 30. *Inst. h. t.* quod judex admittat compensationes.

Apparet ex *d.* §. hoc potestati judicii bonæ fidei comprehensum fuisse, licet formulæ à prætore data hoc expresse non permisisset. Imperator Marcus hoc etiã in stricti juris judiciis admitti voluit, sed posita exceptione doli, id est, juxta rationem juris veteris apud prætorem allegata: quod ipsum ostendit, frustra eum textum adduci à Cujac. pro confirmatione opinionis, quam th. præced. refutavimus. Iustinianus amplius progressus hac in re actiones exæquatas esse voluit bonæ fidei & stricti juris, in rem & in personam, ita ut in omnibus admittantur compensationes, excepta depositi actione, quin imo compensationes ipso jure minuant actiones, ut est in *d.* § *in bonæ fidei & in l. ult. C. de compensat.*

Atque

Atque adeo hodie inter actiones stricti juris & bonæ fidei circa hoc non videtur superesse differentia. Duo autem præcipue circa hanc novam constitutionem dubia occurrunt: quidnam sit, *actiones ipso iure minui*, & quomodo hoc in actionibus in rem & aliis in personam, quibus corpora & species petuntur, obtinere possit. Equidem quod judex in omnibus actionibus, quarum conditio hoc patitur admittere debeat & possit compensationem, facilem & perspicuum habet intellectum, præsertim, postquam tempore Iustiniani nullæ amplius formulæ nec pedanei judices dati fuerunt. Verum in usu juris, propter eam potestatem judicis non dicuntur ipso jure minui actiones, & repugnat significatio verborum: juxta quam dicendum fuerit, eum cui compensatio obijci potest, quia vicissim debitori suo debet, tanto minus petere & in actionem deducere debere: imo nec plus deducere posse, actione potestate juris imminuta, ita ut totum petens male petat & in periculum plus petitionis incurrat, ut colligitur ex *l. verum. 4. de compensat.* & tamen quod ita actiones non minuantur, illud argumento est, quod Iustin. hoc ita constituit, si compensationes aperto jure nitantur, id est, ut communissime explicatur, ubi debitum liquidum est: ad quam rem cum vix fieri possit, ut non aliqua cognitione judicis opus sit, non poterit actio quæ tota in judicium deducitur, & super qua cognoscit judex, ipso jure videri imminuta. Sed & utcunque debitum per se liquidum sit, fieri tamen non potest, ut ipso jure minuantur actiones, quibus rem certam persequimur: veluti rei vindicatio pro homine ædibus vel fundo non potest minui ipso jure, utcunque possessor domino rei aliquid debeat, multo minus actio possessoris ad pecuniam, eo quod reus se dominum dicit rei ab actore possessæ. Ponamus & amplius cum Dd. quorum ea communissima sententia in § *in bonæ. 30. hoc t. & in l. ult. C. de compensat. post gl. utrobiq.* quod in his actionibus, quibus species certa petitur, tum demum sit locus compensationi, ubi res culpa aut dolo conventi debitoris corrupta est vel alias non restituitur, adeoque ad æstimationem vel juramento actoris vel à judice faciendam definitur. Hoc quoque posito dici non potest ipso jure minuta actio, qua res integra & ipsa fuit petita, & necessario petenda fuit. Utique defendi non potest, quod aut actio consumatur, propter id quod vicissim debetur, aut quod magistratus protinus actionem negare possit, qua species certa petitur: Etenim hic quoque effectus est quando actio ipso jure sublata vel minuta est, ut judex ex officio vel totam vel pro parte neget actionem: (quamvis aliquando actio non prorsus sublata negetur à prætore & repellatur actio, vel propter qualitatem exceptionis privilegiatæ *arg. l. 9. in princ. de iureiur.* aut propter qualitatem judicii cui inest exceptio, ut dictum est in præcedentibus) ut post Dd. notat *Ias. in d. §. in bonæ num. 2. & contra gloss.* quæ effectu nihil interest putat in ipso jure, an per exceptionem sublata dicatur actio, repetit *num. 59.* ubi etiam ad hanc rem, quod compensatio ipso jure fieri dicitur, hunc effectum habere scribit, quod solutum condici possit *argum. l. qui invicem 30. de condict. indeb.* V. C. ubi duo utrinque sibi debent decem, si dicimus ipso jure fieri compensationem, quod alter solvit, condicet: si non ipso jure, non condicet, sed actionem suam proponere necessum habebit. Contra quod tamen scrupulum movet *l. qui exceptionem 40. de condict. indeb.* juxta quam qui tantum exceptionem habet, repetit indebitum, adeoque non necesse erit ad hoc, ut ipso jure quis sit tutus. Respondet hic post Bart. *Ias. num. 60.* procedere regulam *d. leg. 40.* quando exceptio sui nativitate & essentia elidit & excludit actio-

actionem, secus si tum quando opponitur. Responsio simplex videtur, quod obtineat *dict. leg.* 40. ubi alter tantum habet exceptionem receptionis quam omisit, ut tunc condictio ei necessaria sit, *argument. d. l.* 30. *d. condict. indeb.* fallere autem regulam *dict leg.* 40. ubi quis ultro habet actionem ad petendum quod sibi alter debet, quam actionem jure suo movet, nec opus habet condictione indebiti. Sed ut eo redeamus, unde paulo digressi sumus, cum ex iam dictis appareat, nullo congruo sensu dici aut defendi posse, quod actiones omnes propter objectam compensationem ipso iure minuantur, fatendum erit, quod Iustin. aliquantum improprie fuerit loquutus, & hoc fortasse intellexerit, quod semper judex & in quacunque actione, potestate à iure & constitutione nova sibi concessa debeat audire eum qui vicissim deberi allegat, & ubi conditio rerum patitur, reum cui vicissim actor quid debet, in minus condemnare; nam & hoc sensu non usque adeo absurde dici potest minui actio, ex qua minus intentione sua propter obiectam compensationem consequitur actor, atque ad hoc non tam principium actionis, quam finis exitus, & condemnatio spectetur. Et hoc videtur significare voluisse *Accurs. in l. ultim. de compensat.* ubi cum docuisset in actionibus in rem compensationi esse locum, ubi propter rem non restitutam æstimatio præstanda est; obiicit sibi, quod cum ipsa res fuerit in obligatione aut petitione, non recte dici compensationem in ipsa actione admitti; & respondet, censeri esse in obligatione inspectu exitu. Notavimus etiam ad Treutler. de compensat. hoc sensu dici posse ipso iure minui actionem in rem, quatenus debitum ab altera parte facit, ut amplius efficaciter res peti non possit, imo deberi desinat; veluti propter impensas in rem factas; ex qua causa responsum est in *l. 5.* de impens. in res dotales quod etiam fundus in dotem datus propter impensas necessarias à marito factas, quæ scil. exæquant æstimationem fundi, desinat esse dotalis. In fortassis ad mentem Iustin. dicemus judicem æstimare posse rem petitam, & si deprehenderit tantum ex altera parte deberi, reum absolvere & istam coniecturam bene confirmar. quod Iustin. solam excepit actionem depositi, ex hac ratione, ne propter allegatum à depositario debitum, alter exactione rerum depositarum defraudetur, quæ omnimodo sunt restituendæ: quod non intellexit Hunnius, qui ad *Tr. de compens. th.* 7. inepte statuit, nec locum esse compensationi, etiamsi æstimatio depositi veniat præstanda, quia alias non bona esset exceptio: & repugnat diserte hæc opinio rationi Iustiniani, qua exceptionem suam defendit. Nec absurdum videri debet, si Iustinian. forte non satis accurate sed pinguius & laxius usurpavit propositionem illam, qua actiones ipso iure minui dicuntur. Scilicet qui valde ampliavit ius reconventionis, idem ampliatum voluit ius compensationis, & in quacunque parte judicii à judice attendi. Nam & constat jure veteri rarius hoc operatam fuisse compensationem, ut plane consumeret actionem alterius, vel efficeret, ut alter plus petere diceretur: siquidem apparet ex variis textibus iuris, sæpius in iudicio de compensatione. & an ei locus esset, disputatum, & eam aliquando à judice rejectam fuisse *l. 7. §. 1. de compensat* Interim inepta est explicatio *Ant. Fab. decad. 93. err* 3. ubi compensationem ipso jure fieri, ita explicat, simulatque opposita est. De illo nec dubitari potest, quin ea quoque, quibus ipso iure tollitur obligatio, judici sint allegenda, veluti solutio, acceptilatio, novatio, &c. adeoq; inter se non pugnare ipso iure aliquid fieri, & facto hominis opus esse. Sed notandum tamen hoc, quod ex ratione iuris nostri, qui ipso iure liberatus erat, etiã actione stricti juris, hoc semper etiã

allegare

allegare apud judicem pedaneum poterat, & simpliciter apud prætorem negare se debere: cum tamen judex pedaneus exceptiones non insertas formulæ in stricti juris judiciis admittere non posset. Verum hæc & alia id genus ad locum proprium de compensationibus pertinent.

XXIV.

Nobilis illa differentia est circa rei æstimationem, quod in bonæ fidei iudiciis habetur ratio eius temporis quo sententia ferenda, stricti iuris autem, quo litis contestatio facta est.

Dd. vulgo hanc differentiam valde constringunt, dum eam referunt ad casum, quo tractatur de juramento in litem: contra quos præter alios, disput. & eam distinctionem latius patere confirmat Ant. Fab. majore parte libr. 16. conjectur. qui tamen non pauca retractat quarta parte Chiliadis suæ, ad quam forte plura hac de re dicemus: est enim hæc res ita intricata & involuta, ut hoc quidem tempore pene juraverim, mihi non liquere: & præstat tacere quam pauca dicere. Illa plane differentia certo jure tradita est, quod in bonæ fidei judiciis juretur in litem, non autem nisi singulari casu, in stricti iuris iudiciis. *l. in actionibus 5 in princ. &* § *ult. cum l. seq. de in litem iur.* de quo & in quibus actionibus in litem iuretur, dicemus fusius disp. seq.

XXV.

Referuntur à Dd. aliæ quædam harum actionum differentiæ, sed quæ non usque adeo omnes liquidæ aut perspicuæ esse videntur.

Proponit unam *Accurs. in h.* §. nostro, quod in stricti juris judiciis fructus tantum veniant officio judicis mercenario, sed in bonæ fidei conventionibus etiam veniant jure actionis, quod etiam putat, sed minime probat Anton. Fab. d. error. pragm. dec. 11. err. 1. & dec. 12. err. 1. Sed *Ias. numer. 63.* hanc sententiam communiter improbari tradit: quod scilicet & fructus fiunt rei accessiones, pro quibus, nisi forte extraordinariis & singularibus quibusdam casibus actio propria non datur. Porro & aliam videtur ibid. notare gloss. quod ex causa obligationum stricti iuris, quæ sunt dandi, præcise fit damnum, nec succedat interesse: sed ex causa eiusdem generis obligationum bonæ fidei, debitor præstando id quod interest liberetur per *l. 1. de act. empt.* Sed hoc itidem reprobat *Ias. num.* 50. & respondet ad *dict. leg.* 1. quod ibi non dare, sed tradere sit in obligatione. Verum ut alibi disputavimus, obligationes faciendi, de quibus traditur, quod in locum earum succedat interesse *lege* 13. §. 1. *de re iudic.* continent facta nuda & pura, non facta, ut Dd. quidam loquuntur, prægnantia, cuiusmodi est tradere ex causa venditionis, ex qua quidem necessum non est transferri dominium, sed tamen necessum est hoc agi, ut ad minimum conditio usucapiendi transeat, cæteroquin si aliud agatur, nulla est venditio *lege cum manu.* 80. §. *ultim. de contrah. empt.* Et propter & eque etiam

contra-

contractus,& quod difficile est discernere rem propriam ab aliena, receptũ est sufficere,ut præstet venditor,habere licere,& obligetur de evictione: utique emptor non considerat nudum factum tradendi, sed & res ipsa perpetuo iure in se transferatur. Amplius,si quis attendat,nulla potest dari solida ratio cur potius ex obligatione dandi quam tradendi qualis oritur ex venditione, præcise obligetur debitor,& cur potius hic quam illic debeat succedere interesse:ut proinde differentia Iason.inter dare & tradere nulla hic esse videatur: quamvis nec Accursium probem hac in re inter judicia bonæ fidei & stricti juris distinguentem: de quo prolixe egimus ad *Treutl.p.1.disp.28 th.2.* ad illam quæstionem,an venditor præcise tradere teneatur.

Aliam differentiam ex Ioh. Fabr.& aliis proponit *Ias n.64*.quod nimirũ judicia bonæ fidei hoc habeant speciale , ut in iis judex jubeat caveri in futurum,& nominatim in eventum dici vel cõditionis:ad quod allegatur *l.in omnib. 11.d.iud.* Et istam tamen differentiam Ias hactenus ait esse dubiam, si ita accipiatur,quasi ex causa obligationis stricti juris nunquam cautione opus sit: sed eatenus eam probat, quod ex causa obligationum bonæ fidei, vel si quæ hic iis comparatur, regulariter sit cavendum,non autem semper,& ubi hoc non nimis laboriosum sit futurum, Potest hæc differentia vel proprietas dupliciter accipi, 1.ut cautio petatur nobili officio judicis,ubi propter conditionem vel diem adjectam obligatio interim pendet,vel nondum efficaciter ex ea agi potest, ut videlicet in eventũ & adventum conditionis aut diei cautum sit creditori: neque enim hic occurrit ordinaria actio qua cautio petatur,sed prætor adeundus& ejus officium desuper implorandum erit:quomodo etiam accipiendo videtur *d l 41. d.iudic.* siquidem non animadverto quomodo ipsa actio quæ super principali nondum moveri potest,pro cautione præstanda recte instituatur: eoq; in illo textu verba agendi & condemnandi paulo laxius accipienda erunt: nam & decretum prætoris loco condemnationis,& imploratio nobilis officii instar actionis est *argum.l.Actionis.37.de obl & act.* idque ex materia novi operis nuntiationis & damni infecti confirmatur: atque ita nobili officio judicis petitur cautio legatorum sub conditione vel ex die relictorum *t.t ut leg.nom. caveat.* 2 ut judex ubicunque æquitas suadet officio mercenario jubeat interponi cautiones per quas in futurum consulatur actori, veluti in actione pro socio *l pro socio 38.ff. pro socio* quomodo & in *l.1 in princ.si cui plus quam per L.Falcid.* legatario petente legatum purum, hæredi prætendenti Falcidiam succurritur per remedium cautionis: atque adeo,siquidem hæc est ptoprietas bonæ fidei judiciorum, quoad istam quoque actio legatorum bonæ fidei judiciorum naturam imitabitur: Huc etiam pertinet *l. quod si in diem.16.de petit. hæredit.* ubi debitor hæreditarius in diem vel sub conditione, conventus petitione hæreditatis, (hæc enim pura est & statim competit, licet debitum non sit purum) cogitur cautionem præstare in futurum:atque adeo hic quoque casus notandus erit, quo olim petitio hæreditatis usu fuit jure bonæ fidei actionis. Quamvis recte Ias. moneat non omnino præcise proprium hoc esse bonæ fidei judiciorum cum & ratio suadeat,ut etiam in cæteris judicijs aliquando ex causa hoc modo consulatur: veluti ita in condictione causa data, quæ stricti juris est, præstatur cautio super servo qui in fuga est *lege 5. §. 2. dict condict.caus.dat.* & similes cautiones præstantur in arbitraria actione rei vindicatione *lege.18.19.& 21.de rei vindic.juncta §.si ad.3, Inst. d. offic. iud.*

Aliam

Aliam differentiam bonorum judiciorum notat *Ang. in hoc nostro* § *n. 4* quod in bonæ fidei judiciis etiam unus ex hæredibus qui possidet rem, conveniatur in solidum quatenus possidet *l. 3. §. hares, commodati* quod confirmat ratio ibid. adiecta, quoniam hoc conveniat boni viri arbitrio: secus esse in stricti juris judicijs, confirmat *ex L. si tibi homo. 86. §. pen. de leg.* 1. & exinde notat actionem ex Testamento esse stricti juris. Aliam addit idem Angel. ibid. quod si ex caussæ obligationis individuæ agatur & ad æstimationem deveniatur, hæredes condemnentur de parte, si judicium sit bonæ fidei: in quam differentiam quæ altioris est indaginis iam non inquiro. Aliam denique differentiam quorundam refert & improbat Don. *in* §. *nostro n. 31.* quod si in contractu bonæ fidei veluti emtione, in materia dissensum sit, nulla sit emtio *l. in venditionibus. 9. §. ult. & seq. de contrah. empt.* Secus in stipulatione *l. si id 22. de V. O.* Illa porro differentia contractuum propria est, circa pacta adjecta, an & quatenus adjecta bonæ fidei vel stricti iuris contractibus insint, & ad actionem & quam, prosint: de qua dictum late ad Treutl. de pact. th. 10.

XXVI.

Colophonis loco aliquid de actione rei uxoriæ addendum est.

Hæc nimirum actio, qua uxor soluto matrimonio dotem repetebat, maxime bonæ fidei censebatur, cui ut supra notatum, inseri solebat clausula, *quod æquitate melius.* De ea fuse tractatum est *ad Treutl part. 1. disp. 24. de benefic. credit. th* 7. pauca hic attingemus ad interpretationem §. *fuerat. 29. h. t.* Nascebatur hæc actio ex contractu & traditione dotis: sed solebat uxor aliquando sibi stipulari reddi dotem, quoniam actio ex stipulatu in quibusdam pinguior & plenior erat quam actio rei uxoriæ, ut docet Iustinian. *in l. un. C. de rei uxor. act.* Sed quoniam ex adverso quædam præcipua habebat actio rei uxoriæ, utraq; autem actione mulier agere non posset, sed una alteram consumeret, ideo Iustinianus ut plenius consultum esset mulieribus, utriusque actionis qualitatibus & prærogativis, quas prolixe refert in *d. l. un.* confusis, actionem ex stipulatu, utcunque ea interposita non fuerit, uxori cum omnibus qualitatibus actionis rei uxoriæ competere voluit, ita plene, ut hac amplius opus non esset, quam etiam adeo in *h.* §. *fuerat,* ait esse sublatum. Et quia actio rei uxoriæ bonæ fidei erat, ideo etiam actioni ex stipulatu subrogatæ hoc dedit Iustin. ut bonæ fidei esset: quod inepte Dd. communiter ita producunt, ut etiam actionem ex stipulatu, qua maritus dotem sibi promissam petit, bonæ fidei esse statuant: quam opinionem prolixe satis, & ut opinor solide confutavimus *ad Treutl. p. 1. disput. 7. th. 8.* Deinde Iustinian. tribuit huic actioni hypothecam in bonis mariti *h.* §. *& l. ubi 29. C. de iure dot.* cum antea mulier non nisi privilegium & prærogativam inter Chirographarios creditores haberet, ut ipse testatur *Iustinian. in l. assiduis 13. in pr. C. qui potior.* 3. hypothecæ illi adjecit jus prælationis contra creditores mariti hypothecarios anteriores *d. l. assiduis, & h.* §. *vers. præferri*: quam prælationem contra anteriores expressas quoque hypothecas obtinere ex mente Iustin. probavimus *part. 1. disput. 24. th. 7. ad Treutl.* ubi cum cætera quæ hic contravertuntur, tractavimus, *& in f. lit. b.* eos refutavimus, qui mulierem præferunt ei qui rem à

se penes maritum depositam & adhuc extantem petit: quem turpem errorem ab Hunn. ad Treutl. ib. errari mirarer, nisi hominem illum passim judicio falli, deprehenderem. Et quoniam ille confidenter hoc affirmat quod mulier in ipsa re deposita præferatur deponenti, sententia ista paulo fusius explodenda mihi est. Ait Hunn. hanc quæstionem esse perquam dubiam & diligenti consideratione dignissimam. Imo vero ei qui vel leviter judicio utatur, quæstio hæc perspicua & facilis est. Pro deponente Hunn. affert duo argumenta: 1. quod juxta *l. ult. C. de compensat. & l. si quis. 11. C. de compens.* contra actionem depositi nulla exceptio vel compensatio admittatur, sed res deposita omnino protinus sit restituenda. 2. quod deponenti citra injuriam mulier præferri, & illi res auferri non possit, cum dominium rei, ut ipse Hunn. loquitur, semper penes deponentem remanserit. Ad prius respondet, in illis textibus tractari controversiam inter deponentem & depositarium, non inter deponentem & tertium qualis est mulier. Atqui inquam, si non obstante illa exceptione aut reconventione quam habet, depositarius rē restituere cogitur, quanto minus tertius rem illam sibi asserere contra deponentem poterit. Sed replicat Hunn. quod mulier habeat hypothecam, sed deponens non habeat. Ineptissime: quoniam hæc replicatio obtinebit, si mulierem & deponentem cujus res amplius non extat in persequenda re alia mariti concurrere proponas: nimirum mulier habet hypothecam in bonis mariti, non deponens, itaque ubi de his pro debito sibi asserendis agitur, potior est mulier deponente: res vero disposita adhuc extans non est in bonis mariti: ergo in ea nō potest præferri uxor deponenti. Quæ ratio tam perspicua est, & replicationem illam Hunnij adeo perspicui erroris coarguit, ut qui id non capiat, ad agnatos & gentiles sit deducendus. Ad posteriorem objectionem quæ fortissima est, respondet Hunn. per deductionem ad absurdum: si hæc ratio, inquit procederet, ead. quoque præferretur mulier commodans, qui etiam retinet dominium rei suæ, quo eum privari iniquum sit: atqui nemo, inquit Hunnius, hactenus fuit tam audax, qui asserere ausus fuerit, quod mulier non præferatur commodanti. Imo vero inquam Hunni, vix quisquam hactenus tam fatuus fuit, qui id non affirmaverit, nisi qui cum ratione insanire voluit. Verissime Bald. quem antea ad Treutl. allegavi, in genere scribit in *l in rebus, C. de iur. dot.* quod quicunq; prætendit dominium actu permanens, rei videlicet adhuc existentis, is potior & potentior sit quocunq; creditore debitoris sui. Hæc est Baldi maximi ICti & communissima cæterorum. Interpretum sententia; & quisquam tamen adeo impudens sit, ut affirmet, neminem hactenus hoc affirmare ausum: etenim ut subsumam, commodans prætendit tale dominium: ergo præferetur mulieri. Aliud nimirum est venire jure simplicis creditoris, & petere pecuniam sibi debitam: aliud venire jure dominii & rē suam sibi asserere: ille omnis regulariter cedit mulieri, huic omni cedit mulier. Itaq; discat Hun. verissimum esse, quod non tantum deponens, sed etiam commodans, sed etiam qui rem marito locavit, sed etiam qui rem marito pignoravit, in his rebus existentibus præferantur mulieri, quin imo proprie loquendo non præferantur, sed in iis omnino soli sint, nec ullum ius prætendere in his mulier possit: sed sicut ea in rebus suis quas in dotem dedit, & quæ adhuc extant, vindicandis, nullam à quocunq; creditore, qui alias aut concurreret cum ea, aut ei præferretur, de quo ad Treutl. diximus, controversiam patitur *l. in rebus. 30. C. de iur. dot.* ita nec ipsa aliis res suas persequentibus, quas maritus penes se habuit, ullam controversiā movere potest. Hanc sen-

ten-

tentiam per se apertissimam, immoto veritatis fundamento confirmo. In quibuscunque rebus penes maritum existentibus nulla contrahitur & contrahi potest utilis & efficax hypotheca, & obligatio pignoris, in illis non potest præferri mulier. Atquin in rebus penes maritum depositis, ei commodatis, locatis, pignori datis, nulla consistere & contrahi potest pignoris obligatio; ergo &c. Majoris ratio perspicua est quoniã mulier non potest præferri nisi jure hypothecæ, cujus nexum quæ effugiunt, in illis nulla prælatio esse potest nec actio hypothecaria. Minor est certissimi juris, quoniam in re aliena hactenus ut vero domino præjudicium fiat, pignus consistere nequit: adeo ut si maritus rem alienam bona fide possederit, domino eam vindicante & evincente suam esse, nullum hypothecæ jus contra dominum prævalere possit: ut tanto minus in rebus depositis vel commodatis, quarum nec possessio penes maritum est, mulier hypothecæ aliquod jus prætendere possit: nemo utique adeo sensus communis expers est, ut has res mariti esse dicat, eo præsertim effectu & respectu, ut in his efficax jus pignoris hærere queat. Ex quo cuivis æstimare licet de judicio Hunn. & de duabus ejus rationibus, quibus mulierem potiorem esse confirmat. 1. quod ex *L. assiduis. C qui potior.* mulier habeat jus hypothecæ in bonis mariti contra omnes creditores. 2. (est ead. ratio sed Hunnius facit duas) quod habeat hypothecam legalem in bonis sui mariti: hæc enim ipsa verba, in bonis sui mariti, utrobique ponit Hunn. Iam si subsumamus talis fiet probatio: atquin res depositæ vel commodatæ sunt in bonis mariti: ergo, &c. Vtique dupondius viderit majorem esse falsissimam: sed ita concludendum erat, in quibuscunque bonis mulier hypothecam pro dote habet, ea necesse est ut sint in bonis mariti vel hæredum ejus: atquin in bonis non sunt res depositæ commodatæ: ergo in ijs non habet hypothecam.

FINIS.

DISPUTATIO VII.

DE ACTIONIBUS ARBITRARIIS.

THESIS I.

At Iustinianus *in §. præterea. 31. Institut. de act.* quasdam actiones appellari arbitrarias, tanquam ex arbitrio iudicis pendentes: de quibus disquisitio prima est, an constituant tertium membrũ ad divisionem *§. actionum. 28. h. t.* an sub alterutro eorum comprehendantur.

QVÆstio duplex est, an hæ actiones sint referendæ sub species iam dictæ divisionis, & an sub bonæ fidei an stricti iuris. Vtramque quæstionem jejune prorsus, *ad librum 4. Institut. in resolut. juis* & ita tractat Hunnius, ut lectorem à se doctiorem non dimittat, & ut ipse rem eam non intellexisse videatur. Mihi, ut hoc repetam, quod sæpe professus sum, semper ii displicuerunt, qui Iurisprudentiam nostram Romanam ita tractant, tanquam in disciplinis necessariis & scientiis, quæ circa res semper eod. modo se habentes occupatæ sunt, versarentur, & nescio quas minutias consectando hoc efficiant, ut nimium sapiendo nihil intelligere videantur. Et frustra sunt qui præter mentem ICtorum in definitiones & divisiones ab iis traditas nimis accurate inquirunt, & species accurate oppositas requirunt, cum sæpe in hac disciplina nostra pleraque inter se distincta membra non specierũ sed graduum oppositionem habeant. Qua de causa supra disp. 2. refutavimus eos, qui *in §. 1. h. t.* tertium membrum actionũ mixtarum ferre non possunt. Ead. ratione subinepti & superstitiosi mihi videntur, qui nolunt admittere speciem tertiam actionum arbitrariarum, inter actiones stricti juris & bonæ fidei mediam: Quæ simplex est sententia, quam recte probat *Don. in § actionum h. t.* monens quod *d. §.* actionum debeat suppleri ex *h. §. præterea.* cuius tamen moniti sui ipse parum memor nimis præcise contendit *in §. quadam 20. h. t.*

20.*h.t.* omnes omnino actiones vel in personam tantum vel in rem tantum esse. Ex his autem præmissis apparet, quam jejune Hunnius cōtra illam Donelli monitionem replicet se vereri, ut ita possit excusari Iust. quod licet alias textus ex textu suppleatur, tamen hoc in definitionibus & divisionibus non habeat locū, quæ omnibus numeris perfectæ & absolutæ esse debeant. Etenim ipsa ratio, quæ suggerit tertium hoc genus potentior est omni autoritate: & iam ineptum esse diximus ita captare & desiderare perfectas divisiones, quam nec unquā affectarunt ICti: quid quod ipse Iust. absoluta tractatione de bonæ fidei judiciis, statim aliquas præterea actiones arbitrarias esse admonuit, & ita tacite divisionem præmissam imperfectam & supplendam esse significavit ut nimis puditum sit, quod Hunn. §. istum remotiorē à §. 28 esse cavillatur. Et verò arbitrarias actiones de quibus in *h.*§. neq; bonæ fidei neq; stricti iuris esse eo sensu quo hæ species accipiuntur in *d.*§. 28. ostendūt textus *in l.5. de in lit. iur. & in l.3. §.1 de usur.* ubi distinctæ hæ tres species reperiuntur, & ipsa tractatio Just. hoc evincit. Et ergo meram principii petitionem committit Hun. altera sua ratione, qua efficere vult arbitrarias actiones necessario referendas sub alterutram speciē, quod alias divisio Iust. foret imperfecta: quoniam hoc etiam admisso nihil sequitur absurdi. Levis etiam est eius ratio prior, quod hic duo sint extrema, inter quæ non detur medium, quod sc. vel judex sit adstrictus ad formulam, aut habeat liberā potestate adiudicandi. Illo casu esse actionem bonæ fidei, hoc stricti iuris. Etenim dicere possumus, esse hic gradus, ex hoc ipso, quod ipse Hun. actionē stricti iuris sumit pro genere, quod habeat duas species, actionem stricti iuris in specie ita dictam, & actionem arbitrariam: nam & ita dicemus, oppositionem illam pertinere ad actionem stricti juris, vel bonæ fidei in specie dictā, sed arbitrarias actiones facere tertium & mediū genus, quod participat de utraq;. Et infirmitas istius argumenti patebit ex singularum specierum explicatione, præsertim eius quæ dicitur arbitraria ob adiectum locum, & natura sua stricti iuris est, sed arbitrium judicis ex accidenti admittit: quod cōmune & generale faciunt Dd. omnibus actionibus arbitrariis, easq; hinc distinguunt à bonæ fidei iudiciis, quib. officiū judicis sit naturale. Hoc autem posito, quod actiones arbitrariæ constituāt mediam & tertiam speciem, alia porro quæstio opus non est: sed negato illo, alia nascitur quæstio, an actiones arbitrariæ sint bonæ fidei an stricti iuris: quod posterius affirmat Hun cuius hæc prior ratio est. Omnibus actionibus bonæ fidei inest exceptio doli. Atquin arbitrariis non inest. Ergo &c. Verum si licet facere duas species actionum stricti iuris, licebit etiam facere duas species actionū bonæ fidei: atq; ita negari poterit maior, & propositio ad eas actiones restringi, quæ in specie bonæ fidei dicuntur: quamvis etiam à negata una qualitate actionum bonæ fidei non recte concludatur: sicut nec recte ab affirmata una qualitate, affirmari potest actionem esse bonæ fidei. Sed & quod attinet assumptionē, ostendimus disp. præced. ex *l. sumptus* 48. *de rei vind.* quod exceptio doli propter impensas factas in rei vindicatione officio judicis contineatur. Neq; probatur minor ex *L. Pap.* 14. *inf. de publ act.* ubi dicitur emptor conventus rei vindicatione omisisse per ignorantiam exceptionē, *quod voluntate actoris vindicantis res fuerit distracta.* Etenim potest dici, non protinus eam esse exceptionem doli, quia potest Dominus ex iusta causa revocasse mandatum, & inhibuisse traditionem. Sed & admisso quod fecerit dolo, male tamen inde infert Hunn. quod exceptio non insit rei vindicationi: neq; enim hoc significat inesse exceptionem, quod iudex

 eam

eam suppleat, utcunque nullo modo à reo fuerit allegata, (quod quidem absurdum & ineptum esset, vel quia judex ea quæ facti sunt ignorat, vel quia etiamsi sciat, supplere tamen non debet, sed quod judex eam exceptionem, non insertã formulæ, quandocunq; usq; ad sententiam apud se allegatam, admittere ex officio possit: cæteroquin judex rerum nihil allegantem condemnabit, quippe qui, nam plerumq; ista latent judicem, divinare non possit, an actor dolum commiserit, vel an reus captus sit nec ne: & ita quoque in specie *d.l.14.* facile ignorare potuit judex, an actor rem distrahi jusserit. Altera ratio Hunnij est ex *leg 7. de eo quod certo loc* juxta quam ubi actio bonæ fidei competit, non est locus actionis arbitrariæ. Non dicam quod etiam hæc objectio removeri possit constituta duplici specie actionum bonæ fidei: sed quod in hoc argumento prorsus vitiose à particulari vel à specie inferatur ad genus. Etenim, ut postea dicemus, actio arbitraria quæ ita dicitur, quod alio loco agatur, prorsus distinctam habet naturam à cæteris arbitrarijs actionibus, & omnino stricti juris est ex stipulatu mutuo, testamento, &c. sed ubi alio loco movetur admittit necessario arbitrium judicis, qui rationem habeat ejus, quod ratione loci alterutrius inest: cujus rationem cum in bonæ fidei actionibus ex earum natura judex habere possit, non necessum est ibi confugere ad actionem arbitrariam: quæ sententia est *dict. leg. 7. de eo quod cert. loc* aliud autẽ longe sensu reliquæ actiones dicuntur arbitrariæ, ut sequentia ostendent. Tertia ratio Hunn. est, quod alias non sit futurus certus numerus actionũ bonæ fidei, contra mentẽ Iust & communem Dd. sententiã, quã defendimus disput. præced. Possit & hic responderi per distinctionem actionũ bonæ fidei: Planè si rectè concludit Hunnius in primo argumento à negatione unius qualitatis, etiam & rectius licebit argumentari ab affirmatione plurium qualitatum ad inferendum, quod actiones arbitrariæ potius videantur esse bonæ fidei: nam & in illis juratur in litem, & quod præcipuum est, videtur iis convenire generalis & essentialis qualitas actionum bonæ fidei, quod in iis quoque dominetur arbitrium judicis & potestas judicandi ex æquo & bono, ut expressum est *à Iust. in hoc nostro § præterea in f. h t.* permissum esse judici ex æquo & bono æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. Neque his satisfacit quod Hunnius respondet, in bonæ fidei judicijs æstimari à judice *quantum*, sed in arbitrarijs, *quemadmodum*: etenim docere ante omnia debebat, qui inter ista duo interesset, ad distinguendas diversas species actionum, bonæ fidei & stricti juris. item eum utiq; qui æstimat quantum præstari oporteat, hoc ipso æstimare, quẽadmodum præstari oporteat. Et cum adstrictæ potestati judicis, quæ constituit judicia stricti juris, repugnet arbitrium & facultas judicandi & æquo & bono, sive quantum sive quemadmodum, quoniam utrumque est extra formulam, efficietur, ut arbitrariæ actiones potius sint censendæ bonæ fidei judicia aut propius ad ea accedere, quam ut sint stricti juris: cum præsertim ipse Hunn. ita distinguat actiones stricti juris, quod aliæ sint in specie tales, aliæ propius ad naturam bonæ fidei judiciorum accedant. Etenim ubi positis duabus speciebus tertium aliquod datur, hoc illi potius speciei aggregandum erit, cum qua majorem habet affinitatem Scio equidem actionem legatorum stricti juris vulgo perhiberi, quæ tamen in aliquibus imitatur naturam actionum bonæ fidei: verum sunt plura quæ communia retinet cum actionibus stricti juris: & absurdum videtur, cum hic dubitetur de actionib⁹ arbitrarijs, an sint bonæ fidei an stricti juris, (ita enim quæstionem format Hun.) eas referre ad hanc speciem: & tamẽ fateri, accedere propius

plus ad bonæ fidei judicia: habet enim hoc quandam formam contradictionis, & facit quæstionem totam ineptam: quod si enim rectè quæritur, sub quam speciem referendæ sint hæ actiones, & fatearis eas propius accedere ad naturam alterius speciei, non nisi inepte eas retuleris sub alteram speciem. Ea enim fuerit petitio principij, quæ itidem ineptam faciat quæstionem, si dixeris, extra actiones relatas in §. actionũ nullas prorsus bonæ fidei dici, nec ullum inter duas illas species medium dari posse: quibus duobus positis nemo non necessario cogetur fateri, actiones arbitrarias esse stricti juris. Et hæc quidem ita disputari possunt. Sed ne vagemur in incerto, primo communis est Dd. sententia, contra quam falso putat Hunn quod divisio in §. actionum sit perfecta & immediata: etenim illi piaculum duxerint diversum quid imputare Iustiniano, idque facere in his ipsis terminis absurdum esse ait *Iason. in h §. n. 18. inf.* eademq; est sententia *gloss. Ioh. Fabr. & Angel.* itidem: neque aliter eos sentire potuisse inde perspicuum fit, quod communissime statuunt, actiones has arbitrarias esse stricti juris: ita enim *gloss in h. §.* post relatas duas opiniones, quod actiones arbitrariæ sint bonæ fidei, & quod sint medii generis, ponit tertiam, quod sint stricti juris: & expresse hoc determinat *gl in l. in actionib. 5. versic. plane de in lit. iur. Ioh. Platea hic numer. 2.* ubi hoc tanquam rem certam proponit, & sequitur *Ias. num. 4. & 19.* ubi plurimos allegat, & testatur hanc esse communem opinionem adeo pro certa habitam, ut nec dubium putetur, quin omnes actiones arbitrariæ sint stricti juris. Fundamentum ejus opinionis unicum, & ex hypothesi communis sententiæ solidum est, quod actiones arbitrariæ, non sint relatæ *in §. actionum. h. t.* Et fateor admissa illa communi opinione, non posse distingui duas species actionum bonæ fidei: quoniam hoc modo everteretur illa sententia, quæ nullas alias admittit præter enumeratas, & alias semper esset paratum effugium iis qui dissentiunt, videlicet esse alias actiones bonæ fidei non in specie sed in genere. Verum jam supra diximus, nihil esse absurdi, admittere mediam speciem, siquidem fateri cogimur eas prope accedere ad naturam bonæ fidei actionem, quippe in quibus permissum sit judici ex æquo & bono æstimare, ut ait *Inst. h. §. in f.* Malim tamen defendere, quod arbitrariæ actiones ad divisionem §. 28. omnino non pertineant. quoniam diximus disput. praeced. distinctionem illam tantum pertinere ad actiones personales quæ descendunt ex conventionibus: actiones autem nostræ sunt in rem vel ex delicto, excepta specie una quæ revera stricti juris & ex conventione est, & speciali sensu dicitur arbitraria, quod cum alio loco agatur, judicis est æstimare, quantum propter interesse loci minus vel plus sit solvendum; de quo in seqq. pluribus agetur.

II.

Habent istæ actiones propriam naturam & propriam rationem propter quam arbitrariæ appellantur.

Disputant Dd. tanquam de re valde difficili, annon etiam bonæ fidei actiones possint dici arbitrariæ: cui rei caussam præbuisse videntur verba Iustin. quæ ante retulimus ex *hoc §. inf.* quod in his actionibus judex æstimet ex bono & æquo: hoc enim cum etiam prædicetur de bonæ fidei actionibus *in §. in bon. 30. in princ. h. t.* videntur in hoc communi genere convenire. Prorsus si arbi-

trium

trium in genere accipias, nihil absurdi fuerit bonæ fidei actiones appellare arbitrarias. Sed Dd. hoc quærere videntur, quamobrem in usu iuris nostri bonæ fidei actiones ita non appellentur. Nimirum quis sit usus iuris docemur *h* §. *& aliis locis.* quæ mentionem faciunt actionum arbitrariarum, & certas tantum actiones intelligunt, in quibus proprio quodam modo abitrium judicis intervenit. Ad eam rationem accepto arbitrio, quamobrem actiones bonæ fidei non dicantur arbitrariæ, non adeo difficilis est disquisitionis, & ex tractatione sequenti fiet evidentius. Nimirum cur actiones dicantur bonæ fidei, ante explicatum est, quo nomine illæ sunt contentæ, nec desiderant appellationem arbitrariarum, nec quidem hoc nomine appellari possunt, consensu quo hoc verbũ hic usurpatur: & bona fides, æquum & bonum, caussa est & fundamentum sive arbitrij sive officij judicis: quod longe secus est in actionibus de quibus hic tractamus, in quibus & arbitrium & officium judicis partim ipsam formulam partim contumaciam rei pro caussa & fundamento habet. Nec multo aliter post Ioh. Fab. qui hic plane diffusus est hoc explicat *Iaso. in* §. *preterea h t. num.* 20. *& numero* 38. 42. *&* 40. quod judicium judicis naturale actionibus bonæ fidei, & æquitas arbitrandi ex ipsa natura actionis descendat, cui originaliter insint præstationes ex æquo & bono & bona fide, à qua denominentur istæ actiones: sed quod in his actionibus veniat officium judicis extrinsecus accidentaliter, nec tam insit naturæ actionis, quam ipsi personæ judicis, unde adeo deficiente alio hoc nomen arbitrariarum acceperint. Atque ita quidem ista Iasonis accipi possunt. Sed videntur Dd. hac ratione eo præcipue respexisse, ut removerent objectionem, ex qua effici videbatur, juxta tradita th. præced. has actiones potius bonæ fidei quam stricti juris esse censendas. Huc enim & magis ad rem ipsam quam nomen & appellationem pertinere videtur ista distinctio, ut illæ demum actiones sint & dicantur bonæ fidei, quarum naturæ & qualitati ab ipsa obligatione dependenti, officium judicis inest, ut ex æquo & bono statuat & judicet: non autem illæ quibus officium judicis extrinsecus accedit & est accidentale, itaque aliquando ab actione abesse potest: V.C. si quis restituat rem juxta intentionem actoris, non erit opus alio officio judicis quo procedatur ad condemnationem. Ex quo aliam insuper differentiam videntur notare Dd. quod quia actionibus bonæ fidei officium judicis est naturale & intrinsecum, judex quoque illud adhibere cogatur: in his tantum actionibus, quia sit extrinsecum & magis hæreat in persona judicis, hic etiam liberiorem illud adhibendi, vel non, habeat facultatem: ita enim *gl. in h.* § *preterea in verbo, satisfieri*, quod officium judicis in arbitrariis actionibus descendat ex solo motu judicis, ut quasi ei liberum sit hoc facere: ad quod adducitur *dict.* § *preterea*, in cujus fine Iustinian. ait, *permittit iudici, &c.* Quod autem ei permittitur, non protinus necessitati juris subijcitur *leg. non quidquid* 40. *de iudic. l.* 1. *C. quomodo & quando iudex*, ex quo etiam Iaso. disputat *numer* 7. an sit aliquod remedium contra judicem, qui in arbitrarijs judicis officium suum interponere nolit. Et quamvis Ias. concludat hic ea esse remedia quæ alias jure communi prodita sunt contra iudicem qui non facit officium, & hic quoq; necessitati iudicem agnoscat, tamen non ita adstringi ad officium illud in his actionibus existimat, sicut in bonæ fidei actionibus, & inde glossam salvat ex verbo, *quasi*, quod iudici non omnimodo liberum, sed tamen respective liberum sit, vel ut Ioh. Fab. tractat necessitetur quidem judex impartiri officium, sed non tale vel tale.

Et hæc

Et hæc quidem hactenus sustineri possunt aliqualiter, ut hac in re differentiam admittamus inter bonæ fidei & arbitraria judicia: quoniam in illis antequam ad judicem veniatur, ipsi naturæ contractus & obligationi insunt, quæ judicem officio suo definire oportet: sed in his post actionem institutam, & litem contestatam contingit aliquid quod requirit officium judicis, & quod hoc officio judicis præstari jubetur præter id quod principaliter erat in intentione. Sed in hoc non leviter offendunt Doctores, quod officium judicis pene totum extra naturam harum actionum posuerunt, & ijs plane extrinsecum & accidentale fecerunt: quod quidem aut ambigue, aut potius male & falso dicitur. Si quidem consideramus ipsam primitivam actoris petitionem verbi causa ut res sibi restituatur, (neque enim omnium actionum arbitrariarum eadem est conditio) sane quod post ob contumaciam rei adjudicatur, potest dici esse extra actionem. Sed si consideramus actiones arbitrarias quatenus à jure nostro formata sunt, imo si consideramus formulam prætoris, quæ vel maxime attendenda est, negari non potest, officium istud judicis inesse actioni, siquidem procul dubio omnia inesse actioni dicuntur, quæ formula comprehenduntur: si cut ea de causa exceptiones dicuntur hoc quoque sensu inesse bonæ fidei judicijs, quod perinde eas admittit judex, atque si formulæ nominatim fuissent insertæ. Atque ita constat in rei vindicatione ita formulam fuisse: ***Si apparet rem esse Titii neque ea res arbitrio tuo restituatur, judex condemna.*** scilicet quanti in litem juratum fuerit: nec dubium est, actionis quod metus causa hanc fuisse formulam. ***Si apparet rem metu esse extortam, nec ea arbitrio tuo restituatur, judex in quadruplum condemna.*** Et igitur judex ex necessitate formulæ hoc facere debuit, & proinde admitti non potest, quod juxta præmissa Doctores tradunt de facultate præmissa judici & in ejus persona residente: non etiam quod Ioh. Fab. vult non esse quidem liberum judici, interponere officium suum, sed tamen esse ei liberũ, hoc vel illo modo interponere. Causam sane his opinionib⁹ præbuisse videtur ipse Iust. *in §. præterea. in fin* verbis jam sæpius relatis, quibus permissũ est judici secundum cujusq; rei naturam æstimare quo modo actori satisfieri oporteat. Nam ut separare possent judicia bonæ fidei ab arbitrarijs, ad istam distinctionem officij judicis confugere quasi necesse habuerunt: & verba illa extrema dicti §. *quemadmodum satis fieri oporteat*, sententiæ Iohannis Fabri patrocinantur. Et sane locus ille non immerito torsit Doctores, quibus solenne est, superstitiose etiam inhærere verbis textuum, & qui veterem formularum rationem ignoraverunt: & possint videri illa verba Iustin. vix commodam recipere interpretationem, quoniam juxta prædicta, in his actionibus judicandi libertatem nõ habet judex, sed quæ ipsi incumbunt, vel jure vel formula sunt determinata: ut proinde siquidem statuendum sit, omnes omnino actiones esse bonæ fidei vel stricti juris, inter has arbitrariæ actiones sint referendæ, cum deficiat hic clausula laxans officium judicis, & ex ea quoque adjudicare possit, quæ nec petitione nec formula apprehenduntur. Et fortassis crediderit quis, à Trib. nomine harum actionum decepto, parum caute posteriora illa verba adjecta fuisse: nam ut quis ea restringat ad actionem arbitrariam de eo quod certo loco, verba non patiuntur, ***in his actionibus & cæteris similibus***: nec leve vitium sit, proponere tanquam generale, quod omni speciei proprium est & ei quidem indigniori. Nulla mihi occurrit alia idonea explicatio, nisi ut ea verba non ad offi-

cium judicis quod sequitur contumaciam, referantur. sed potius ad arbitrium præcedens, quo judex instar arbitri quasi monet reum, ut satisfaciat actori: quamvis enim hoc arbitrium prorsus sit secundum naturam petitionis & verba quoque formulæ, sunt tamen fructus & alia quædam, circa quæ arbitrium judicis etiam extra formulæ verba versatur, quæ, utriq; *si ea res arbitrio tuo non restituatur*, quandam emphasin in se cōtinent. Et hac in re vel maximè videntur offendere Doctores, dum officium & potestatem judicis collocant in eo quod sequitur contumaciam rei, quod tamen potius, ut jam dictum versatur in arbitrio, quo initio judex actori satisfieri jubet: condemnatio enim quæ sequitur contumaciam vel in pœnam vel quanti in litem juratum est, nihil in se habere videtur in quo spectetur facultas & libertas judicandi. Vt vel hinc tanto minus possit defendi traditio Dd. de accidentali officio, quod exseratur post contumaciam: quoniam arbitrium potius præcedens in se habet laxitatem: sed cum hoc sit ex ipsa natura actionis, in hoc quoq; falsa est Doctorum illa traditio, de officio extrinseco & accidentali. Neq; tamen eversa distinctione illa Doctorum necessum erit confundere judicia bonæ fidei & arbitraria: quoniam in his & aliis arbitrandi ratio, nec ea judicandi & arbitrandi laxitas est.

III.

Porro cum arbitrariarum actionum non eadem sit omnium natura, species earum ante omnia erunt distinguendæ.

Bonæ fidei quidem actiones indistinctè ita & ideo dicuntur, quod judex in iis liberam habet potestatem ex bono & æquo æstimandi: sed jam sæpe monuimus, minime eodem modo & sensu actiones omnes arbitrarias appellari: idque prisci Interpretes non ignoraverunt. Et Bart. *in l. hoc edicto in princ. de publ. act.* quatuor regulas tradidit, ut eas appellat *Ias. n.* 3. (sed verius species dixeris:) quod quandoq; arbitrariæ actiones dicantur propter officium judicis quod vertitur circa interesse ratione loci: quandoq; dicantur arbitrariæ propter officiū judicis circa taxandam quantitatem & deferendum juramentum in litem: quandoque ita dicantur propter officium judicis quod vertitur in interrogando reum, quid præstare velit, ut in actione noxali, de quo infra pluribus: quandoq; ita dicantur propter officiū judicis circa pœnā imponendā, ut in actione quod metus causa. Sed in istis mihi hoc vitium notandū occurrit, quod istæ qualitates & differentiæ non sunt satis restrictæ ad exprimendam naturam harum actionū de quibus hic agimus: quo etiam vitio laborare videntur tres species, quas ex Bald. refert Iason ibidem, quod actionum arbitrariarum quædam sint in quibus officium judicis versetur circa *quid*, id est, in quid judex debeat condemnare: in quibusdam versetur circa *quantum*, ut in actionibus arbitrariis propter adjectum locum, in quibusdam versetur circa *quale*, velut in actione noxali, in qua arbitretur judex, an reum debeat condemnare in solidam æstimationem damni, an noxaliter. Et in his Baldi distinctionibus posterior præcipue pars liberare videtur, ut infra in specie de noxali actione videbimus. Rectius duo genera

genera aut species potius actionum arbitrarium constituuntur: una, in quæ judex ex arbitrio jubet satisfieri petitioni actoris, & si non pareatur reus in quid aliud condemnatur: altera in qua nullum tale arbitrium procedit, sed ad instar aliarum actionum totum una sententia expeditur, qua judex arbitrio suo æstimat, quantum sit solvendum actori: ita ut inter ejusmodi actionem & bonæ fidei judicia non una sit differentia, tum quod in his natura actionum admittit & requirit officium judicis, in illa autem quæ plane stricti juris est, ex accidenti hoc arbitrium accedit: tum quod in his certa summa principalis petitur, sed in illa totum quantum præstandum est, permittitur arbitrio judicis: tum denique quia in his multa sunt circa quæ officium judicis versatur, sed in illa circa unum tantum interesse loci, quod actio alio in loco instituitur, quam qui conventioni fuit adjectus. Has duas species Doctores confundere videntur, dum omnino male utrique speciei unam quasi arbitrij speciem accommodant.

IV.

Quod ad priorem speciem attinet, certæ tantum quædam sunt actiones iure nostro determinatæ, in quibus ita ut diximus ad thesin præceden. arbitrium aliquod condemnationem præcedit.

Hæc thesis proponenda fuit ad coarguendum errorem Dd. qui omnes actiones stricti juris de mundo, ut loquuntur, putant posse fieri arbitrarias, in quibus de restituenda re aliqua agitur, ut ex Bartol. & alijs refert & probat *Iason. in hoc* § *preterea. numer.* 24. ubi cum Castrensi tantum excipit actionem, in qua agitur de dando, quod hic sit minor perfidia: cæteroquin, quod & repetit, *numer.* 32. assertionem illam Doctorum admittit in omnibus actionibus: quibus tractatur & petitur res restitui, tradi vel præstari: quas scilicet omnes hac ratione effici putat arbitrarias, si judex rem restitui jubeat, & reum non parentem ad interesse vel æstimationem juratam condemnet. Hanc opinionem falsam esse jure nostro non debito, quo non est in potestate judicis ex arbitrio suo procedere, sed necessum est eum juxta naturam actionis & formulam prætoris judicare: hujusmodi autem formulam, ex qua arbitrium præcedebat, tantum in certis actionibus prætor dabat: cæteroquin etiam actiones bonæ fidei possent fieri arbitrariæ, magis probabili ratione, quod in ijs juratur in litem, ut non absurde statui posse videatur præcedens sententia de restituendo: quod quamvis post Ioh. Fab. pene videatur admittere *Iaf. n.* 41. tamen absurdum est, & repugnat traditioni superiori, qua tantum de stricti juris actionibus hoc affirmant Dd. Idq; ut videtur, hac ratione, quod *in l. 7. de eo quod certo loc.* scriptum est in bonæ fidei judicijs non habere locum arbitrariam actionem. Quæ tamen ratio, siquidem ea noti sunt Dd. eo inepta est, quod *in d. l. 7.* de secunda specie arbitrariarum actionum tractatur, non de priori, in qua arbitriũ aliquod sententiam præcedit: quod cum essentiale prorsus sit isti speciei, parum subtiles erunt, qui admissa ista qualitate in bonæ fidei judicijs, nihilominus

ad stricti juris judicia restringunt, quod hæc demum arbitraria hoc modo præcedenti efficiantur. Ex ratione juris nostri ita res se habet, quod aut judex jubet aliquid fieri & restitui sententia interlocutoria, postquam alia exspectatur, & est actio arbitraria : aut jubet aliquid fieri & restitui sententia definitiva & finali, quod ubi fit, in quibuscunque actionibus, sive sint stricti juris, sive bonæ fidei, non possint illæ esse arbitrariæ. Sed nimirum, ut diximus ad *Treutl. par. 1. disput. 28. th. 2.* ex ratione juris nostri vix ac ne vix quidem judex finali sententia condemnat ad restituendum, aut præstandum rem sed in pecuniam, ut expedita sit executionis ratio: idque præter actiones jure expressas, nullo præcedente arbitrio ordinario in cæteris omnibus actionibus una sententia expeditur.

V.

Ille quoque error Dd. hic reiiciendus est, quo statuunt, has actiones arbitrarias non esse per se subsistentes actiones, sed tantum earum qualitates & adiectiones.

Ita post alios quosdam tradit *Iason. in h. §. praterea num. 4.* & confirmat hac ratione, quod actio ex testamento, actio ad exhibendum, sint actiones arbitrariæ. Verum hoc modo efficiam, nullas actiones esse per subsistentes, & ita dicam, quod actio est in rem & in personam, quod est civilis vel prætoria, quod persecutoria vel pœnalis, quod bonæ fidei vel stricti juris, nihil esse nisi qualitates actionum. Et sane hoc non dicitur absurde, quoniam hinc actiones dicuntur quales: verum alio sensu dicimus adjectiones actionū, quæ extrinsecus plane, V. C. propter qualitatem personæ accidunt actioni, quæ alias per se illa qualitate vacat: veluti cum dicimus, actio furti noxalis, actio ex empto vel locato, quod jussu, de peculio, &c. cum quibus qualitatibus & adiectionibus vitiose prorsus comparat Ias. actiones arbitrarias: siquidem hæc est qualitas essentialis & perpetuo inhærens actionibus illis quæ in §. nostro enumerantur. Et haud scio, an nō Dd. inde hunc errorem hauserint, quod officium judicis extrinsecus & præter naturam actionis accidentaliter his actionibus accedere putaverunt: quod falsum, & arbitrium omnino essentialiter iis inesse, paulò ante demonstravimus. Plane in altera specie arbitrariarum, quæ tales fiunt propter adjectum locum non invitus admiserim sententiam Dd.

VI.

Et igitur in primo genere actionum arbitrariarum, iudex prius iuxta formulam tanquam arbiter quidam honorarius aliquid restitui iubet: quod facto & præstito, eum absolvit, non facto, ob contumaciam in pecuniam condemnat.

Ad hanc descriptionem intelligendam, proponenda est ob oculos formula actionis arbitrariæ ex hoc genere, V. C. vindicationis in specie dictæ, qua quis jure dominii rem suam sibi restitui petit. Etenim recte *Ant. Fab decad. 89. err. 5.* impro-

improbat eorum sententiam, qui actiones arbitrarias omnes prætorias, nullam civilem esse putant: pro qua non multum facit, quod in nostro §. *præterea*, non sit actionis civilis in rem mentio: vel quia comprehenditur sub verbis, *tam in rem quam in personam*, vel potius sub verbis finalibus, *in his & ceteris civilibus*: vel etiam, quoniam ex aliis locis hæc ejus natura probari potest, neque ulla differentiæ ratio idonea inter hanc civilem & publicianam prætoriam dari potest. Formula vindicationis, ut discimus *ex Cicer. 4 Orat. in Verrem*, hæc fuit: *si paret rem de qua agitur, Titii esse & ea res arbitratu tuo non restituatur, iudex condemna*, videlicet in aliud quam est in arbitrio, & quidem aliud gravius, quoniam duriorem condemnationem contumacia rei meretur: & scilicet in arbitrio erat restitutio rei cum fructibus *l. ex diverso. 35. §. 1. de rei vendic.* sed in finali condemnatione erat æstimatio rei jurata, taxata videlicet per juramentum actoris, cui in pœnam contumaciæ rei, & quoniam actor invitus quasi rem suam vendere cogebatur arg. *l. non enim. 9. rer. amot* jura indulserant. Verba illa, *iudex condemna*, inferunt in alium eventum absolutionem: quod sicut in aliis actionibus, verba formulæ, *si paret Titium debere centum, iudex condemna*, hoc efficiebant, ut si non paruisset, judex reum absolveret: ita hic quoque restituens reus juxta arbitrium judicis, à condemnatione graviori, quæ propter contumaciam imminebat absolvebatur. Quod ideo monere volui, quoniam existimari possit, reo restituente nulla opus fuisse absolutione: & hoc tamen ex ratione juris nostri secus fuisse credendum est: quoniam sententia quæ contra reum contumacem ferebatur, verum demum condemnationem continebat, à qua tanquam finali sententia opus erat absolutione: quod bene confirmatur ex *l. harum. 7. in fin. si servit. vind.* ubi reus qui juxta jussam judicis in actione confessoria, cavit, absolvi dicitur. Nec quicquam movet, quod cum arbitrium & jussum judicis sit quædam condemnatio, ut mox dicemus, hoc modo idem reus una actione videatur condemnari & absolvi: etenim arbitrium illud non vera, utique non finalis est sententia & condemnatio, & eum iuxta naturam harum actionum duæ ferantur sententiæ, nihil absurdi est, in ejusdem persona diverso respectu & condemnationem & absolutionem contingere. Et quoniam jussum & arbitrium præcedens, instar ab arbitro & monitore quodam interponitur, non absurda videtur eorum sententia, quam refert & frigide improbat *Ant. Fab. decad. 89. error. 5.* qui statuunt, quod ista judicia initio non tam actionum quam arbitriorum potius sapiant naturam, & quod tum demum ubi incipit non pareri arbitrio, incipiant verè esse actiones: quod actiones omnes proprie dictæ reddantur in invitum, nec quisquam reus ubi semel judicium accepit, consequatur arbitrium faciendi, quo facto invito quoque reo effugiat condemnationem: quam effugit in his actionibus arbitrariis, si arbitranti & quasi monenti judici pareat. Nec obstat quod cætera quoque judicia & formulæ dabantur sub conditione, *si paret, &c.* quoniam hoc pertinet ad merum factum, si rem ita se habere probetur, non autem prius interlocutoria aliqua sententia necessaria esset, quam altera finalis sequeretur: quod accidit in actionibus arbitrariis, in quibus reus, utcunque V. C. actor dominium probaverit, nondum tamen finalis condemnatio sequitur. Et hæc opinio tanto magis arridet, quod hinc elegantissima & accommodatissima ratio reddi potest, propter quam hæ actiones fuerint appellatæ arbitrariæ. Et hinc etiam verius puto contra *Fabr. d. dec. 89 err. 5.* quod in formula prætoris nominatim arbitrij facta fuerit mentio, propterea quod hæ actio-

actiones initio magis arbitriorum quam judiciorum superent naturam. Quod si enim dixerimus sufficisse qualitatem & naturam actionis, ead. ratione dixerim, in bonæ fidei judicijs non opus fuisse adjecta clausula ex bona fide: & nota est hac in re juris veteris scrupulositas, juxta quam talia hæc non poterant omitti.

VII.

Apparet ex th. præced. duas in his actionibus, si plene absolvantur, fieri sententias: alteram de restituendo, quod intendit actor, alteram graviorem in aliud ex jure subrogatum, in contumaciam non parentis.

Dicimus, de restituendo quod intendit actor, nimirum saltem & utique implicite, si non expresse: V. G. dubitari non potest, quin qui agit rei vindicatione, velit omnino à possessore rem sibi restitui *arg. l. is qui 24. de rei vend. & l. illud 40. in pr. de pet. hered.* & suadet ipsa ratio, & quod judex rem restitui jubet, quod non faceret, nisi contineretur petitione actoris vel formula, quæ etiam non nisi super petitis & secundū petita & naturam actionis concipiebatur. Verba autem hæc, *si ea res arbitrio tuo non restituatur*, satis hoc injungunt judici, ut restitui jubeat. Dixi vel implicite hoc fuisse petitū ab actore, hoc ipso dum petit se declarari dominum, & rem suam esse: quomodo fere videmus intentionē actoris proponi & describi, veluti *in l. 6. §. 2 de confess. l. si servus. 42. de liberal. caus. §. 1. & §. sic itaque 14. Inst. h. t. & alibi passim*: quamvis fortassis suffecerit ICtis principalis mentionem fecisse. Docet autem formula ante proposita, quod sententia prior non tam definitiva quam interlocutoria fuerit: quoniam juxta verba, *si res non restituatur arbitrio tuo, condemna*, judex prius restitui jubebat, & eo non facto condemnabat. Ubi superstitiosus, imo ineptus est *Fab in rational ad l. litem. 14. §. hac autem. 4. quod met. caus. &c. & 16. coniect. 17. & decad. 89. err 8. & decad. 91. err. 8. in fi. & err. 9. in pr. & err. 10.* quibus locis negat prius illud jussum esse sententiam: hac ratione, quod ex his verbis, *si paret rem esse petitoris*, non possit sequi sententia. Fateor, si hic subsisteret prætor, verum his jam dictis verbis, *si ea arbitrio tuo non restituatur*, jubet & vult, ut judex præcipiat rem restitui, in quo est sententia. Et si interlocutoria quævis dicitur sentētia, quanto magis hoc præceptū, ultra quod aliquando non proceditur, & in quo totum judicium terminatur, & quo amplius impletur intentio actoris, qui rē suam esse, eamq; sibi restitui petit. Et hinc per istud arbitrium dicitur res judicata secundum petitorem *l. si à te. 9. §. 1. de exc. rei iudic. & in §. 2. Inst. de offic. iudic.* dicitur contra possessorem judicari dum jubetur rem restituere cum fructibus: & *in l. 6. § 2. de conf.* proponitur actū rei vindicatione, & in fin, §. subiicitur, dari confessis tempus, sicut judicatis, qui jussi sunt rē restituere. Eodemq; pertinet *l. Pompeius §. 2. de procurat.* ubi per istud arbitrium dicitur judicatum & *l. ult. de fideiuss.* & textus expressus in terminis *in l. & ex. 35. §. 1. de rei vind. & in l. 35. idemque 3. de reb. eor. qui sub tut* jussum judicis appellatur *res iudicata* Quæ loca hoc quoq; ostendunt, quod multo minus vult admittere Ant. Fab. sententiam hanc recte appellari condemnationem: quoniam reus dicitur victus & judicatus, & tanquam judicato tempus ad restituendum dari:

neque

neque dubium est quin in jure nostro judicatus & condemnatus passim pro synonymis accipiantur. & probatur id satis expresse *ex d. l. 35. §. 1. de rei vind.* dum ICtus ait, judicem qui per errorem pronunciavit fundum quem ego conventus possideo, esse petitoris, eodem errore de fructibus condemnaturum: quod si jussum de restituendis fructibus, recte dicitur condemnatio, etiam & multo magis jussum de restituenda re principali condemnatio poterit appellari: & liquidissimũ est, quod fructus jubeantur restitui cum re, §. 2. *de offic. iud* & utrumq, non in secundam, sed in primam sententiam veniat: qua de causa ubi res aufertur manu militari, fructuum tantum & causæ nomine condemnatio superesse potest *l. qui rem restituere 68. in pr. de rei vind.* Prorsus ubi reus paret, cum finiatur judicium, jure hujusmodi sententia condemnationis nomen meretur, & quamvis considerato casu, quo non paretur, non sit condemnatio, tamen dum res adhuc in suspẽso est, nihil impedit quo minus per se condemnatio recte dicatur, quamvis ex eventu & in eventum non factæ paritionis, illa quæ sequitur propter contumaciam sententiæ, vera & sola sit condemnatio. Neque movet, quod ubi reus in aliis actionibus satisfacit petitioni actoris ultro, non potest dici condemnatus: etenim ponimus hic non ultro paritum, sed reum contradixisse, & cognita sua, restituere jussum fuisse. Et nimirum in pr. huius actionis arbitrariæ, ante iussum & arbitrium judicis, principalis controversia est V. C. de dominio rei: quoniã possessor rem petitoris esse negat, imo iuxta veterem rationem contra vindicat, & rem ad se pertinere contendit *arg. §. 1. in fi. Inst. de act.* adeoque ubi actor probavit dominium, reus qui succumbit & restituere jubetur, non absurde dicitur condemnari. Et cum jure nostro non nisi à sententia desfruitiva appelletur, dubium non est quin ab hoc arbitrio & iussu, quo declarato actore dominio reus restituere iubetur, appellari possit: quod manifesta ratio suadet & notat *gloss. in l. item 14. §. hac autem 4. quod met. caus.* Hinc dubium fieri potest, quod paulo ante notabamus, reum qui restituit rem, adhuc fuisse absolvendum: quoniam restitutione facta, nõ habet quo ulterius progrediatur iudex, & negata exclusaq; omni cõtumacia, nulla occurrit ratio, propter quam ab ea condemnatione & sententia, quæ irrogetur contumaci, reus sit absolvendus, cui nec ista absolutio quicquam possit prodesse, cum nõ opus habeat exceptione rei judicatæ, qui tutus est exceptione satisfactionis, quod rem restituit actori qui nullam amplius contra eum actionem habere potest: utique ineptum sit quærere de petitione æstimationis iuratæ V. C. quæ deducitur in postremam sententiã, & quæ ubi reus paruit, nulla esse potest, ut nec absolutione ulla necessaria videatur: certe ex libris iuris nostri nihil tale apparet, & contrarium colligi possit *ex §. 2. de offic. iud.* nam quod dicitur absolvendus possessor, si contra petitorem iudicatum sit, non obscure arguit, possessorem restituere jussum nullo modo absolvi: & facit *d. l. item. 14. §. 5 quod met. caus.* in quo propositi casus quibus reus absolvitur, ab hoc nostro casu quem tractamus, diversissimi, imo ei contrarii sunt.

Quod si autem non pareatur arbitrio iudicis, & ulterius procedendum sit, (qua de causa dixi in thesi in his actionibus si plene absolvantur duas ferri sententias, quia si reus pareat arbitrio, ad alteram non pervenitur) tum arbitrium & iussum præcedens admittit naturam condemnationis, quippe reo rem retinente, & succedit alia & gravior eaque vera condemnatio, in qua officium iudicis finitur: quod eleganter ostendit *l. ultim. de fideiussor.* ubi reus qui

qui non vult restituere possessionem, magno condemnatus dicitur. Eodemque pertinet *l. tutor. 8. de in litem iurand.* quod tutor qui non vult restituere, debeat condemnari: textus apertus in *h. nostro* §. quod in his actionibus nisi is cum quo agitur arbitrio judicis restituat vel exhibeat, debeat condemnari: & *in d. l. 14. §. 4. quod met. caus.* quod qui non restituit, quadrupli condemnationem patiatur: quo etiam loco notandum est, quod illa ipsa postrema condemnatio per excellentiam scilicet appelletur sententia: hic enim est sensus verborum, *reus habet licentiam restitutionem facere usque ad sententiam ab arbitro &c.* ex quo tamen vitiose infert Ant. Fab. in rationalib. ibid. quod prius illud jussum de restituendo non sit sententia: vel quia nulla prorsus est consequentia: vel quia in d. §. 4. proponitur casus quo contumax est reus, quo retinere rem cum proceditur in pœnam contumaciæ, antea acta quodammodo pro nullis habentur: quod secus est ubi reus paret arbitrio, quo casu judex officio suo functus est: utique cum arbitrium illud decidat punctum principale, quod intendit actor, immerito ei nomen sententiæ negatur.

VIII.

Hæ duæ sententiæ ubi actio plene absolvitur, proprie loquendo, nõ sunt duæ definitivæ, multo minus duplici instantia aut duplici libello opus est.

Hanc controversiam ignorantia juris veteris & formularem Dd. moverunt. Diximus *th. praced.* ubi reus paret, non esse nisi unam sententiam: quæ nec absurde dicatur condemnatio: sed ubi non paret jam non amplius posse esse pro condemnatione, sed quasi resolvi in interlocutoriam: quoniam proceditur ulterius juxta formulam, quæ non subsistit in arbitrio, sed si non pareatur, condemnationem injungit. Eaque sententia est perspicua textus nostri in pr. *si non satisfaciat reus, condemnari eum debere*: eaque in re ibid ineptus est *Ioh. Fab. n. 12.* ubi quod de jussu d. §. & alibi dicitur, accipiendum putat esse de casu, quo reus statim cõfessus, & factum ei est præceptum de restituendo: quod si autem essent auditæ partes & causa plene cognita, quod tum feratur vera sententia definitiva. Imo vero, utcunq; plenissime causa super jure dominij tractata fuerit, tamen dicitur intervenire jussum & arbitrium de restituendo, quod ita appellatur, quod in eventum non parentis rei alia & tum proprie ita dicta sententia & condemnatio sequatur. Et ergo juxta præmissa non potest esse nisi una instantia, unus libellus, quin imo an duobus opus sit inepte quæritur & imperite. Nec quemquam hic movere debet, quod dicitur in *l. item si. 14. § 1. quod met. caus.* si non restituatur res, prætorem in quadruplũ judicium polliceri, & *ibid in* §. *in hac* 3. non statim quadrupli actionem esse, sed si res non restituatur. Neq; enim significatur, novam esse actionem, sed quod prætor ita actionem eam *quod met. caus.* formaverit, ut non omnimodo sit in quadruplum, sicut actio vi bonor. raptor. sed tum demum, si reus juxta arbitrium judicis, quod præcedere voluit prætor, rem non restituerit: veluti hoc explicatur in ead. *l. 14. in seq. §. 4.* quoniam actio sit arbitraria, habere reum licentiam restituendi, & evitare posse condemnationem quadrupli. Idque est quod dicitur *in f. d. §. 3.* nemini iniquum videri debere, quod ex alieno facto quis condemnetur in quadruplum, quoniam tum demum con-

condemnetur si non restituat: & in d. §. 1. satis clementer egisse prætorem cum reo, ut dare ei restituendi facultatem si velit pœnam evitare: circa quod nescio quid arguteturan nugetur potius *Anton. Fab decad. 92. err 3.* ubi hanc æquitatem non ex edicto, sed ex formula esse ait: ridicule, quoniam utique prima causa ex edicto est, secundum quod concipitur formula. Illud autem nihil aut parum ad rem pertinet, an ratione dictante prætor ita edicere debuerit: & licet ratio omnino hoc suadeat tertio possessore, minime tamen suasit in ipso qui metum intulit, contra quem tamen ead. humanitas observatur. Sed ut ad thes. nostram revertamur, ineptus hic est *Iohan Fab. in §. nostro numer. 12.* quæro, inquir, an fiant duæ instantiæ, & an sit necesse offerre libellum in secunda sicut in prima. Imo vero plusquam certum est, esse unam actionem & unam eandemque instantiam, coram eod. judice agitandam & finiendam. Et respondet quidem Fab. cum speculatore, non esse opus novo libello aut novo processu, & improbat gloss. quæ facit duos processus, ad instar actionis principalis & judicati: sed tamen requirit novam implorationem judicis, apud quem actor debeat conqueri, quod reus non restituerit rem juxta condemnationem, ideoque petere & implorare judicem, ut ex quo reus non potest vel non vult restituere, judex eum cogat satisfacere de omni damno & interesse. Sed videlicet ex ratione juris nostri judex postquam rem restitui jussit, indulget reo tempus arbitrarium, intra quod jussui pareatur: quo elapso progreditur porro juxta formulam & secundum eam & naturam actionis reum contumacem condemnat. Ex quibus & aliis interdictis efficitur falsum esse quod scribit *Accurs. in d. l. item si. 14 §. hac autem. 4. quod met. caus.* non posse appellari à secunda sententia, nisi lata fuerit intra tempus, quo potuit appellari à prima, quoniam secunda sit executio primæ; quod posterius omnino falsum, & secunda sententia à priori prorsus separata & distincta est: nisi Accurs. intellexit casum quo post jussum de restituendo decernitur res auferenda manu militari: quamvis & hic tentari possit appellationi esse locum: quoniam cum juxta naturam arbitrariarum actionum quodammodo liceat reo qui illud alterum præstare vult, esse contumaci, non immerito videtur ab hoc gravamine, quo res ipsa præcise auferri decernitur, posse provocari. Cæterum quod *in l. properandum. 13. §. cum autem. 4. C. de iudic.* dicitur, contumacem non appellare, extra eum casum absentis contumaciæ, vix crediderim alio trahendum: sed istud nō est huius loci.

IX.

Duæ autem tantum sunt sententiæ non plures.

Hanc thes. ponimus contra Anton. Fabr. qui non uno in loco sed sæpius, *decad 89 err 4 & 8. decad 91. err. 9 & 10. & decad. 92. err. 2.* al quando quatuor, ad minimum autem tres requirit sententias. Etenim *d. cap 10.* negat quod reus jubeatur restituere fructus una cum reipsa eod. tempore & decreto, sed quod diversis hoc fiat temporibus: quod prorsus absurdum & omni ratione vacuum est, & contra *§. 2. Institut. de offic. iud.* quo jubetur judex ut præcipiat rem restitui cum fructibus. Et juxt. Fabr. in hac actione intervenerint quatuor sententiæ declaratio dominij, arbitrium & jussum de restituenda re, arbitrium de restituen-

 dis

dis fructibus, & tandem si non pareatur, condemnatio finalis in æstimationem juratam vel pœnam. Etenim hoc pro certo habet, & omnibus citatis locis contendit Fab. quod ante omnia intercedat nuda declaratio dominij, & quod intercedere debeat aliquod intervallum, antequam sequatur arbitrium & jussum de restituenda re: atque ita semper tribus sententijs opus erit, vel quomodocunque appellare malis: quoniam Ant. Fab cavillatur, & priores illas sententias esse negat. Istius autem opinionis, quod nuda declaratio separatim præcedere debeat, nullam prorsus affert rationem, aut textum: & si quis rationem communem, præcipue vero juris nostri consulat, facile deprehendet, nugas istas esse & commenta Fabrilia, & conjunctim hoc factum fuisse, ut judex declararet V. C rem esse petitoris, (hanc enim declarationem omnino intervenisse ostendunt textus, ante allegati) & simul juberet eam restitui: quoniam hanc ipsam restitutionem intendit actor, & cum dominij caussa potentior sit, declaratio illa simul hoc requirit, ut res restitui petitori, nec amplius penes reum possessorem relinqui debeat. At vero inquit Fab. possunt obijci exceptiones, propter quas possessor rem non restituere teneatur. Ergone inquam, judex perfunctorie, & quasi animi caussa tantum pronunciabit rem esse petitoris, etiamsi nesciat an ipsi debeat restitui, imo forte etiamsi sciat non esse restituendam, & post declarationē illam, à restituendi necessitate reum absolvet? Ridicule id quidem: nam quod Anton. Faber ijsdem locis scribit, judicem prius cognovisse tantum de dominio & jure actoris, & desuper pronunciasse, & tum demum exceptiones rei examinare cepisse, ejusdem farinæ & ineptiæ est: cæteroquin ead. ratione dixerim, in quibusvis aliis actionibus in personam, judicem prius cognovisse de solo jure actoris, & pronunciasse, reum actori debere, post autem cognovisse exceptionibus, & bis probatis reum absolvisse: neque enim quoad hoc diversitas aliqua inter has arbitrarias & alias actiones reddi potest. Et hæc tamen procul dubio aliena prorsus sunt à juris nostris ratione: secundum quam judex antequàm aliquid pronunciat, actorem & reum audire debet, & utrinque meritis caussæ expensis, pronunciare: atque ita instituta rei vindicatione, simul de exceptionibus rei cognoscet, ijsque probatis protinus hunc absolvit. Et contra Fabr. pugnant, & quod declaratio dominij & jussum de restituendo conjuncta fuerint, probant textus satis perspicui citati thes. 7. quibus ostenditur judicatum dici reum statim ubi pronunciatum est rem esse petitoris, *l. 6. § 2. de confess. l. Pompon. 40. §. 2. de procurat.* quod utique falsum esset, si post istam declarationem aut reus absolvi posset, aut alia sententia vel jussu opus est: nec minus perspicue ostendit *dict. leg. 35. §. 1. de rei vindicat.* quod condemnatio super fructibus conjuncta sit cum declaratione dominij. Et dixerit quis potius, perinde ut in petitione rei, qua quis intendit rem suam esse, simul hoc implicatur, ut res sibi restituatur, si quis forte putaverit hoc necessario non fuisse adijciendum: ita quoque in declaratione dominii, qua judex petitoris rem esse pronunciabat, implicitum fuisse iussum de restituendo, neque hoc exprimere judicem necesse habuisse: quod quidem, quoniam nihil de hac ratione pronunciandi liquido & certo affirmari potest, in medium relinquo: sed tamen, utcunque in prædictis textibus tantum fiat mentio declarationis dominii, iussum de restituendo adiunctum fuisse, & hoc præsupposuisse Iurisconsultos, verius existimo, propter illa verba formulæ, si ea res arbitrio tuo non restituatur, ut autem declaratio illa, quod Anton. Fab. vult, prorsus fuerit nuda, & nec impli-

plicite quidem in se habuerit jussum restituendi, omnino falsum habendum est. Nec quicquam pro Fabr. facit § *etsi in rem 2. de offic. iud.* quem quidem *libro 17. coniect. c. 16.* ita allegat perinde ac si liquido hoc constaret, etiam est mera captatio & cavillatio verborum, & hæc verba Iustinian. *in princ. d.* § *sive contra possessorem iudicaverit, iubere debet ut rem ipsam restituat cum fructibus,* inferunt quidem necessario in sententia consequens & antecedens, sed minime omnium intervallum & interstitium temporis intermedium requirunt: Sed & cum Anton. Fab. hoc pro palmario habeat, declamitare in Tribonianum, ipsiusque imperitiam in jure magnam arguere, non potest ipse solidam probandi rationem ex Institut. petere, nisi diserte locum aliquem ex veteri Iureconsulto descriptum probet. Videtur Anton. Fab. ad probandam nudam declarationem *decad. 91. err. 9.* hac quoque ratione uti, quod judex usus fuerit verbo, *videri*: videri rem esse actoris. Sed 1. hoc quoque admisso, petitio hæc est principij, quod nihil ultra fuerit adjectum. 2. falsum est quod hoc speciale fuerit in hac actione arbitraria, quin imo in ferendis sententijs verbum hoc judicibus fuisse usitatũ & pene solenne, multis exemplis ostendit *Brisson. libro 5 de formul. popul Rom pagin. mihi.* 482. ideoq;, ut & hoc addam, consequenter ineptum est, quod verbo isto judicem usum censet Ant. Fab. proprie difficultatem, quæ occurrit in probando dominio.

Illud porro ineptius, quod verba illa solennia formularum, *si paret*, explicanda censet ex idiomate Italico, secundum quod parere significat, videri, &, *mi pare* mihi videtur. Quod cumulat insigniori ineptia, existimans judicem ideo his verbis usum, quoniam parere vel apparere ea dicantur, quæ videntur & apparent, licet talia non sint: quo quidem nihil absurdius fingi potest: & imo *parere* in formulis significabat, *probari, liquere,* unde judices qui propter obscuritatem negotij judicare nolebant. jurabant, *sibi non liquere.*

X.

Illud porro explicandum est, in quid secunda & finali sententia ob contumaciam, reus fuerit condemnatus. Est autem illud vel æstimatio eius, quod est in actione, vel pœna.

Ad hæc capita videntur omnia revocari posse. Æstimatonem dico non rei petitæ, sed generalius eius quod est in actione: quoniam aliquando non æstimatur res, sed quanti interest actoris: quod proprie non est æstimatio rei, quamvis aliquando ad huius proportionem interesse definiatur, veluti in *l. un. C. de sentent. quæ pro eo quod interest,* ubi Iustin. non vult ut interesse in casibus certis egrediatur duplum rei. Interesse autem proprie loquendo succedit in locum facti, cujusmodi est, *exhibere rem*: ideoque in actione ad exhibend. quæ datur ei cujus interest *l. 3. § sciendum. 9. & § si meum. 11. in fin. & passim ad exhibendum.* si res non exhibeatur, quanti interest actoris, reus condemnatur § *si ad 3. in fin. Instit. de offic. iud* sed in rei vindicatione qua res ipsa petitur, ipsa quoque res æstimatur.

Porro res ipsa & quod interest æstimatur dupliciter, vel ex communi valore & fere à iudice, vel ab ipso actore ex affectione: quod fit per eius assertionem non simplicem sed iuratam, quæ dicitur iuramentum in litem. Cum autem æstimatio hæc fiat propter contumaciam rei, rationis est, ut cum in potestate rei sit, vel dolo esse desierit, qui dolus pro possessione est, restituere rem vel exhibere, & ita efficere, ne in aliud condemnetur, vicissim etiam æquum est, cum actor invitus etiam re carere cogatur, æstimatio non fiat ex communi valore, sed ea arbitrio actoris permittatur. Et hinc est quod in actionibus arbitrariis contra reum non restituentem iuratur in litem *leg eius. 46. de rei vind. c. l. 3. §. 2. ad exhibend. l tutor. 8. de in lit. iurand. l. ultim. de fideiuss.* Contra quam sententiam frustra hoc movet *Iohan. Fab. in nostro §. praeterea. numer. 13.* quod cum judici dicatur permitti æstimare quantum sit præstandum actori, secundum eiuscunque rei naturam, consequenter non videatur locum esse iuramento in litem, quo nimirum ipse actor ex arbitrio suo rem æstimat. Etenim hæc obiectio procedit ex ignorantia iuris, & quod verba Iustin. *in §. nostro in fin Iohan Fab.* cum aliis Dd. accepit de sententia & condemnatione finali, quæ fertur post admissam à reo contumaciam, cum tamen ea juxta prædicta sint omnino referenda ad arbitrium quod initio interponitur, & cui si non paretur demum condemnatio sequitur, quanti actor in litem iuraverit.

Alterum quod propter contumaciam subrogatur, est pœna, & hoc primo in actione quod metus caussa: in qua qui non restituit rem, condemnatur in quadruplum *l. 14. §. 1. cum seq quod met. causs.* ita ut hoc quadruplum non sit pura pœna, sed in eo contineatur simplum & rei persecutio: quod contra turpissimum Anton. Fab. lapsum, satis prolixe & solide probavimus disput. præcedent. Sed contra hanc oppositionem quam in thes. fecimus, æstimationis iuratæ & pœnæ, non levem scrupulum movet quod traditur in *l. arbitrio 18. in princip de dol. mal.* in actione quod met. caus. iurari in litem, ita enim fiet, ut in una eademque actione æstimatio iurata & pœna quadrupli concurrat. Et hoc sane perquam durum videtur, duplicem pœnam irrogari contumaciæ, quandoquidem iuramentum in litem etiam coerceet contumaciam rei *l 1. de in lit. iurand.* quod præsertim iurari dicatur in infinitum *l. 68. de rei vindicat* & hic militare videntur, quæ antea tractavimus, quod in actione furti non iuretur in litem, cum satis sit veræ æstimationis quadruplum præstari. Prima hic est responsio *Anton. Fab. decad. 92. err. 4.* sed ea violenta, quod locus *in d. l. 18. de dol.* sit corruptus à Tribon. Alia est, quod iuramentum in litem vel sit, ut ita dicam parum, quod est in infinitum iuxta *d. l. 68. de rei vind.* vel moderatum præfixa taxatione iudicis, ut *in d. l. 18. de dol l. 4 §. iurare de in lit. iurand. l. 3. §. 2. ad exhib.* Verum cum duo posteriores textus ostendant, taxationi isti locum esse, ubi contumacia rei solo hoc iuramento coercetur, nec ulterius proceditur, ista responsio non videtur sustineri posse: sicut nec tertia hæc, in verbis magis quam in rebus posita, quod iuramentum in litem vel habeat rationem finis, vel tendentis ad alium finem. Quarta responsio est *Accurs. ad d. l. 18.* quod ille locus non sit accipiendus de actione pœnali quod metus caussa, sed de actione utili, quæ hactenus sapiat & imitetur naturam actionis in rem, licet ratione causæ & originis dicatur actio quod met. caus.

Quod si nihil ex istis probabile videatur, fatendum erit, in hac actione arbitra-

bitraria, *quod met cauſ.* utrumque coneurrere, & proinde oppoſitio aliter erit conſtituenda, quod nimirum in quibuſdam actionibus arbitrariis contumacia rei coerceatur per æſtimationem iuratam tantum & principaliter, aliquando inſuper alia accedente pœna, quam iuramentum in litem accidentaliter & minus principaliter antecedat. Et poſſit tamen negari hoc eſſe generale & perpetuum in hac quoque actione, ſed ita forte limitandum, ut tum demum juramentum in litem præſtetur, ubi neceſſitas hoc requirit, & citra illud res quadruplanda commode æſtimari non poteſt à iudice, & ob id committendum boc eſt arbitrio actoris, cui ex ratione iuris noſtri nunquam citra iuramentum ius æſtimandi permitti videtur: in quibus terminis iuramentum in litem non tam ſpectat coercitionem rei, ſed magis actoris, nee nimis magno rem æſtimet, præſertim ubi æſtimationem illam, ut in caſu noſtro aliud ſequitur, & ad æſtimationem factam ratio tripli vel quadrupli initur. Et ita quoque reſponſum eſt de actionibus ſtricti iuris, quod in illis præter regulam aliquando iuretur in litem, ubi res à iudice æſtimari non poteſt, *in l 5.§ ult.cum l.ſeq de in lit iurand.* quod iuramentum Dd. vulgo veritatis, alii neceſſitatis appellant. Nihil plane habet hic, quod iure reprehendat Fab. qui ut notatum in præced. admittit iuramentum in litem in actione furti pœnali, longe improbabilius: quoniam in ea non agitur ullo modo de reſtitutione rei, quæ tamen venit in hanc actionem quod metus cauſſa, quippe in rem ſcriptam: ut qui illic admittit iuramentum in litem, magis hic admittere poſſit. Et vero cum in *l.14.§ quadruplatur.7.quod met.cauſſ.* quadruplari dicatur quanti ea res cum fructibus & omni cauſa, poteſt videri neceſſitas, quam diximus, ſuaſiſſe hoc iuramentum, quoniam quanti ſint cauſa & fructus, iudex utique definire non poteſt. Ex quo removetur altera obiectio Fabri contra *d.l.18.de dol. mal.* qua contendit falſum eſſe, quod ibi traditur, in actione quod met.cauſ. non eſſe certam quantitatem: quia imo hoc quanti res eſt in fructibus & omni, certam quantitatem non habet. Hæc utique rectius dicuntur, quam ut impudentia Fabrili imperitiam Triboniani accuſemus. Porro licet in actione quod metus cauſa non ſit recta oppoſitio theſis, eſt tamen accurata & vera in alia ſpecie actionis: videlicet redhibitoria ædilitia, in qua qui non reſtituit, in duplum condemnatur, *l.redhibitoria 45. de ædil.ed.* de qua dicemus *infra theſi propria.18.*

XI.

Hæc ita eſt arbitrariarum actionum natura, ut propter contumaciam in aliud ſequatur condemnatio: aliquãdo tamen etiam in caſu contumaciç commiſſæ ulterius non proceditur, ſed arbitrium tranſit in ſententiam definitivam, & executioni mandatur.

Hic quoque nobis controverſia eſt cum Anton. Fab. qui poſteriorem partem theſis ex ratione iuris falſam & non ICtos veteres ſed Tribonianum authorem habere ait. Fundamentum theſis perſpicuum eſt *in l.qui reſtituere 68.de rei vindic.* ubi dicitur, à reo qui non reſtituit, rem manu militari auferri. Hoc vero

rationi juris adversari,& hoc modo arbitrarias actiones planè tolli clamat Ant. Faber, quandoquidem ita appellentur hæ actiones propter arbitrium præcedens,in quo non subsistatur,sed si ei non pareatur, ad ulteriorem condemnationem procedatur, juxta posteriorem formulæ partem,*si res arbitrio tuo non restituatur,condemna*: ubi locus esse non potest,ubi res manu militari aufertur: quod tum per se apertum est,tum probatur ex ipsa *l. 68. de rei vindicat* juxta quam post rem ablatam tantum superest condemnatio super fructibus. Hæc ita disputat *Anton Fab decad.89.err.4.& dec.92.err.1.& 4.* & disputavit antea *libr. 16.conjectur.cap.17.*ubi has rationes proponit contra *d.l.81.* 1. quod in ea lege sit mala Grammatica. Respond. hanc rationem esse nullius pretii præsertim profectam ex ore Anton. Fab.qui minime bonus est criticus. Altera ratio est,quod res non possit auferri manus militari citra vim & impressionem, quam non admittat Romanus Legislator. Resp. nullam fieri impressionem in corpus & in personam, sed in res, qualem in omni executione contumacem opus est. Tertia ratio est, quod in negotijs privatis non tribuatur executio militaris *l.1.C.de offic.milit ind.* Respond. hanc esse sententiam dicti textus quod magistratus militares non debeant sese milites ve suos immiscere negotijs privatorum,ut colligitur *ex l.2.eodem tit.& l.8.C de offic.rect.provinc* Hic autem intelligimus vim adhibitam,ex imperio prætoris qui judicem dedit. Quarta ratio est,quod non possit initium fieri ab executione. Respond.hanc objectionem esse ridiculam, quoniam est executio jussus de restituendo qui præcessit: & puerilis est cavillatio,quod jussum de restituendo non sit sententia: quoniam jam ante perspicue probavimus,jussum istud,si ultra non procedatur, vere esse sententiam & pro condemnatione:in quibus terminis ubi res aufertur,ineptissime dicitur,initium fieri ab executione ante condemnationem: quoniam ipse Anton.Faber condemnationem appellat finalem sententiam,qua V C.in rei vindicat. quanti in litem juratum est, in actione quod metus causa in quadruplum res condemnatur: in quæ si executio fieret ante illam sententiam, offenderetur sane regula illa juris: verum in hoc executionem fieri non dicimus & versari manum militarem,ut V.C quadruplum reo auferatur,sed in auferenda re,quam restituere reus jussus fuit. Itaque insignis ista & perspicua nimis & indigna Iurisconsulto cavillatio imo ludibrium est:cum præsertim ipse Fab. agnoscat jussum de restituendo esse adjudicationem,quam vix quisquam negaverit habere vim sententiæ. Quinta ratio Fabri est,quod non possit esse condemnatio jussum illud de restituendo,quoniam juxta ipsam l. 68. sequatur alia condemnatio super fructibus. Resp. hoc quoque inepte obiici,quoniam istud tantum est accessorium:quamvis illud hic scrupulum habeat,quod post sententiam super re ipsa latam,non videatur condemnatio separatim fieri posse de fructibus, quippe qui non obligationis aut dominii jure, sed officio judicis mercenario accedunt, (quamvis *Ant.Fab.dec.92 err.1.in fin.* dicat fructus in rei vindicatione ex natura actionis venire: ut tanto facilius possit separatim eorum fieri condemnatio,) Accurs.respondet dupliciter,1. quod intelligēda sit executio circa fructꝰ:quod quamvis mihi non probetur,non tamen evertitur per ineptam & repetitam cavillationem Fabri,quod non possit fieri excutio ante condemnationem.2 quod intelligendum id sit de fructibus post jussum perceptis:& respondebo. 3 intelligi posse taxationem fructuū,quod judex ante indefinite adjudicavit: & deniq, speciale esse hic dicam,quoniam in hoc genere actionū post jussum de restitu-endo,

endo, non expirat officium judicis, ut proinde licet actu ad ultimam sententiam non procedatur, tamen adhuc judex super fructibus arbitrari queat. Inepte itaq; concludit Fab. quod *d.l.68. de rei vind.* sit accipienda tanquam cōstitutio Imperatoria, per quam actiones arbitrariæ sint ablatæ. Etenim, quod etiam tractavimus ad *Treutl.p.1 disp.28.th.2.* nō si aliquando & aliquo casu non proceditur ultra arbitrium, & res aufertur manu militari, propterea nullæ prorsus sunt actiones arbitrariæ: quod præsertim non inde ita appellantur, quasi arbitrio rei relinquatur, an rem ipsam an æstimationem præstare velit: & rectissime notant Dd. arbitrium potius esse permittendum actori, an perurgere restitutionem, an condemnationem postremam malit: quin dicam amplius, quod nec semper judex, vel potius prætor, ad quem hæc res referenda est, indulgeat actoris voluntati, sed ubi eam justa causa subnixam esse viderit, si forte actor bona paterna avitaq; persequatur, & judex ex altera parte evidentiorem & insigniorem contumaciam & pervicaciam rei deprehendat: in quibus terminis, qui negaverit posse imperio magistratus à malitioso reo rem auferri. Helleborosus censendus est: quod præcipue facile admittamus, fieri hoc procedendi & exequendi modo extraordinario, & arbitrio prætori reservato. Accedit, quod non desunt in iure nostro exempla hujusmodi executionis & processus: ita enim responsum est *in leg. si finita 15 § ubi autem 2 ; de dam. inf.* ubi ex secundo decreto alter possidere jussus est, dominum ex possessione & ædibus esse deijciendum, & in materia Interdictorum duplex ratio procedendi jure nostro prodita est: ut vel moveatur actio in factum, & ita remittatur actor ad jus ordinarium: vel extraordinarium imperio prætoris quis ita in possessionem deducatur uti expressum est in *leg. 1. §. 2. si ventris nom. mul. in possess.* ubi Iurisconsultus ait melius & civilius facturum prætorem, si actorem ad jus ordinarium remiserit, quam si alterum decedere cogat prætoria potestate & manu militari: atque ita simul innuit, quod aliquando ex caussa manus militaris possit adhiberi: quod probat diserte, *l. 5. in princ. ne vis fiat ei, &c.* ubi dicitur quod quis potestate prætoris judici possit in possessionem, &c. quod maxime huc pertinet, quod prætor extra ordinem jure suæ potestatis exequi debeat decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem. quæ adeo loca ostendunt falsum esse, quod scribit Ant. Fab. apud prudentes juris nunquam esse mentionem manus militaris, sed Tribonianum primum illam introduxisse. Quod si igitur ex caussa interdicti manu militari possessio in aliquem transferri potest, quidni etiam poterit in rei vindicatione? & extrema rursus impudentia est Ant. Fab. qui *15. coni: & ult. d l. 1.* quoque à Triboniano corruptum ait in fin. pr cum tamen non ausit dicere, de pr quod prætor aliquando inducat manu & potestate sua in possessionem, sed hoc admittat, ut tamen nihil habeat quod respondeat, nisi quod hoc facilius admittatur, quam quod alicui res auferatur. Imo verò admitti non potest, si verum est, quod ibidem Fab. contendit, semper in interdictis jure ordinario procedi. Facit aliquid & confirmat extraordinariam executionem, *l ult. de iudic.* ubi dicitur. magistratus aliquando per viatorem suum exequi sententias: sed de raro & non nisi re urgente fieri debere. Dicemus & hic non semper sed ex caussa possessionem & rem esse auferendam.

Porro ne quid omittamus ex ratiunculis Fabri ita ille disputat *decad. 92. err. 1.* Ad quod reus condemnari nec potest nec debet, illud nec potest esse in executione: atquin ad restitutionē rei nō potest aut debet reus condemnari: ergo; &c.

Mino-

Minorem probat. & ſcilicet non poſſe, quoniam reſtituere ſit facti, quod nequeat eſſe in executione, ſed factum ſit æſtimandum: non debere quoniam ante dum reus ſit obligatus ad reſtituendum. Prius illud ineptum eſt, quoniam etiam factum rei ſententia mandatur executioni, neque intereſt actoris, an per manus rei an judicis rem & poſſeſſionem naneiſcatur: illud enim, ut in præcedentibus diſputavimus, prorſus falſum eſt, quod Faber exiſtimet, non ſufficere ut judex tradat, ſed opus eſſe facto ipſius debitoris, ſiquidem dominium in actorem debeat tranſire: ſed & hic in rei vindicatione non de dominio, ſed tantum de poſſeſſione transferenda tractatur. Poſterius adhuc ineptius eſt: quoniam qui reſtituere jubetur, ut hoc faciat effectu ipſo condemnatur: & prorſus putidum eſt quod Fab. ait, non ideo eſſe iuſſum reſtituere, quia ad hoc ſit obligatus, ſed ut ſi nolit reſtituere, hoc ipſo ſit obligatus ad condemnationem pecuniariam. Etenim qua fronte iubere poſſit iudex reſtitutionem, ſi reus hoc facere non eſſet obligatus, aut an dicemus iudicem hoc ſpectare, ut contumacem reum condemnandi habere poſſit occaſionem? Ludit homo in verbo *obligari*, quod in ſpecie ſignificat obſtringi ex conventione: hoc quidem ſenſu non obligatus eſt reus, ſed ſatis eſt eum teneri ad rem reſtituendam, quam adverſarius ſuam eſſe probavit, & neceſſe habere reſtituere, ut expreſſe loquitur ICtus *in l. officium. 9. in princ. de rei vind.* quæ neceſſitas manifeſto evertit ridiculum iſtud commentum, quod reus non jubeatur reſtituere, quoniam ad hoc ſit obſtrictus: cæteroquin ſi ita captamus verbum *obligari*, contumacia quoque quæ cauſam præſtat ulteriori condemnationi, nullam habet conventionem, ſicut nec interdicta ſunt ex obligatione, & tamen intendunt ad naniſcendam poſſeſſionem *l. is qui. 24. de rei vind* & in iis ut paulo ante probavimus executio aliquando fit manu militari: Eiuſdem farinæ eſt quod Ant. Fab. contendit, ubi pronunciatum eſt de dominio nullam eſſe iuſtam cauſam condemnandi: nam & hic itidem putidiſſime ludit in verbo *condemnationis*, quam ſc. intelligit finalem, quanti in litem iuratum eſt: quoniam ut huic locus fiat, non ſufficit probatum eſſe & pronunciatum de dominio, ſed ſufficit, ut reus neceſſe habeat reſtituere juxta *d. l. 9. de rei vind.* & hoc facere iubeatur: quod pronunciatum, ubi in illo ſubſiſtit iudex, & ex cauſa prætor rem manu militari aufert, merito & ſententia & condemnatio appellatur, ſed piget in his nugis diutius immorari.

XII.

Illud hic diſquirendum ſupereſt, quam ob cauſſam in his tantum actionibus arbitrium præcedat condemnationem, in aliis autem circa aliud præcedens arbitrium una ſententia & condemnatione finali iudex defungatur.

Rationem dubitandi non levem ſuppeditat quod in cæteris actionibus in perſonam verſantur tum facta tum res, quæ ex obligatione vel dandi vel tradendi debentur. Et quid igitur cauſæ eſſe poteſt, cur hic quoque iudex non prius iubeat dare tradere vel facere, & demum interveniente contumacia in aliud quid condemnet. Eaque dubitandi ratio fortius ſtringit in actionibus bonæ fidei, commodati, depoſiti, pignoris, tutelæ, &c. in quibus cum iuretur in litem, & ad hoc iuramentum perveniri non poſſit niſi ex dolo & contumacia

re-

rei, *l.1.de in lit.iurand.* necessum utique videtur, ut præcedat aliquod jussum de restituendo, quo neglecto ad juramentum istud procedatur. Movet quidem sed non removet aut extricat hanc dubitationem & objectionem *Anton. Fab. decad. 91. err. 1. & 2.* Ait, quod omnis condemnatio sit personalis. Id quidem hactenus rectè, quod persona condemnatur, non res: sed vitiose, quod inde infert, tanquam in actionibus personalibus locum non esse condemnationi: nam & actionis quoque arbitrariæ quædam sunt in personā. Et ludit Faber in fallacia ante notata, in verbo, *obligari*: pro quo utemur generaliori verbo, *teneri*: tenetur enim qui rem meam possidet, mihi restituere: veluti quibus casibus ex re obligatio venire dicuntur, & furiosus quoque & pupillus obligari dicuntur, *l. furiosus. 47. de oblig. & act.* vix ulla vera apparet obligatio, & tamen nullo præcedente arbitrio recta sequitur condemnatio. Nec quicquam juvat, quod Anton. Faber ait ante omnia examinandam esse quæstionem V.C. de jure dominij vel pignoris: nam & in aliis actionibus itidem examinatur quæstio facti de jure creditoris: & sicut illic probato dominio, ita hic probato contractu V.C. commodato vel deposito, ratio suadet rem restitui: eoque non immerito videri possit etiam in actione commodati præcedere debere arbitrium de restituendo: cum præsertim in posteriori illo concurrant actiones bonæ fidei & arbitrariæ quod in utrisque juratur in litem. Et cavillatorium est quod Ant. Fab. ait, dominio probato nihil adhuc esse propter quod condemnari debeat reus: quoniam ut ante monitum, luditur in verbo *condemnationis*, quam ille accepit pro finali, quanti in litem juratum est: & jam satis explicatum est, quomodo & quo sensu etiam jussum de restituendo nomen sententiæ & condemnationis mereatur. Neque ita dissolvitur nodus: quoniam in actione quoque depositi probato deposito, nulla dum justa causa est condemnandi in æstimationem juratam, sed tum demum si non restituat. Et hoc igitur quæritur, cur non hic quoque sicut in actionibus arbitrarijs præcedat aliquod jussum judicis de restituendo, sed sine ejusmodi arbitrio speciali reus condemnetur, & judex una hic sententia defungatur. Prorsus per justitiæ Leges fieri non potest nec per rationem juris nostri, ut reus citra contumaciam & dolum in æstimationem juratam condemnetur, ut non ad minimū terminus ad restituendum ei præfigatur: qui terminus quomodo esse possit sine aliquo jussu implicito saltem, ego non capio, cum alias contra reum citra manifestam injuriam in litem jurari non possit. Itaque nihil est, & principium petit Faber dum ait, quod reus non restituens in actionibus arbitrariis mereatur graviorem condemnationem: quoniam idem est in actione depositi vel commodati, ideoque redimus ad idem quæsitum, cur non etiam in actione depositi aliquod præcedat arbitrium: nam caussa illa ex qua juratur in litem, videlicet contumacia, postea utrobique supervenit, & separata prorsus est ab obligatione & actione principali. Neq; animadverto, quomodo ad rem faciat, quod Fab *d. decad. 91.* affert, quod in aliis actionibus detur tempus ad satisfaciendum à lege, sed in arbitrarijs judicis arbitrio: quoniam quale & quodnam illud tempus sit quod à lege datur nusquam apparet, cum reus ante contumaciam nullo modo possit dici condemnatus: & cum variæ occurrant quæstiones facti & exceptiones in judicio, nec videri quidem potest sufficere tale tempus à lege præfixum. Quod autem Fab. videtur existimare, imo alibi expresse defendit, quod in alias actiones non res ipsa, sed protinus & statim pecunia numerata veniat, id falsissimum esse disputat. 1. probavimus: & ex hoc uno cōfu-

ratur, quod ita non possit esse locus juramento in litem. Illud quoque Fabri falsum est, quod in aliis omnibus actionibus præter arbitrarias, reus non possit effugere condemnationē nisi volente actore: quia imo in actionibus bonæ fidei reus rem restituendo etiam invito actore efficit ne contra se in litem juretur. Illud porro etiam falsum, quod eodem *cap. 2. decad 91.* scribit, reum in vindicatione non condemnari ideo, quia res sit actoris: quoniam si primam & mediatam causam respicias, non potest reus videri contumax nisi quod res est alterius, quæ si actoris non fuisset, judex eam restituere non mandasset. Falsum adhuc magis quod ait, si reus rem restituat, eum liberari: non quia paruit, sed quia nunquam condemnari debuit: ubi itidem inepta illa cavillatio in verbo *condemnationis* occurrit: & imo quia reus rem restituit, propter hoc à graviori condemnatione liberatur. Nugatorium porro & istud, quod in cæteris actionibus condemnetur reus quia obligatus est, non quia non solvit: est enim hic eadem cavillatio: & in arbitrariis actionibus possessor quia rem alterius tenet, restituere eam tenetur, & hoc facere jubetur: quin & in actionibus sæpe dictis bonæ fidei, reus non quia obligatus fuit, sed quia per contumaciam non restituit, quanti in litem juratum est, condemnatur. Et hactenus igitur quæstio nostra de ratione differentiæ hac in re inter actiones arbitrarias & reliquas, præsertim bonæ fidei, decisa non est. Existimabam dici posse, quod etiam in actionibus bonæ fidei in quibus juratur in litem interveniat jussum de restituendo, quod propter clausulam ex bona fide insit actionibus bonæ fidei: arbitrarias autem in specie dictas fuisse, in quibus itidem sine arbitrio præcedenti ad condemnationem non poterat procedi: sed quia bonæ fidei non erant, quin potius ex sententia Doctorum stricti juris, ideo necessum fuisse ut formulæ expressim arbitrandi facultas insereretur: cui arbitrio si non paretur, tum ad instar bonæ fidei judiciorum in litem juraretur. Sed quid dicemus de stricti juris judiciis? Equidem ubi quantitas petitur, ut semper in mutuo, sæpe ex stipulatu, res perspicua est: sed & non minus ubi ex obligationibus faciendi & ex contractibus innominatis ad interesse agitur, quod recta in actionem venire alibi ostendimus. Porrò & in obligatione dandi ex stipulatu ubi res promissa post moram ante litem contestatam perijt, docet *l. 5 §. ultim. de in lit iur.* omnimodo, cum res restitui non possit, deferendum esse juramentum in litem. Vnicus tantum casus dubius est, ubi res promissa adhuc extat: & tamen, cum hic non juretur in litem, dicemus vel cum Dd. præcise ad eam rem condemnari reum: vel cum non possit prætendere reus ignorantiam conventionis suæ, probato debito ubi illud non sponte sua offert reus actori, statim recta ad æstimationem quam judex faciet, condemnabitur. Et possit quis existimare, cum major culpa sit in eo qui obligatus ex propria conventione rem non restituit, etiam in bonæ fidei judicijs probato debito reum non immerito, nisi prævertat satisfacere, sine arbitrio præcedente posse condemnari in quantum in litem juraverit actor. Sed nihil affirmo & subsisto.

XIIII.

Hæc ita aliquando generalius de actionibus arbitrariis

riis vel potius de earum specie prima: quædam de singulis actionibus sunt subiicienda. Et principalis species est actio in rem civilis, & prætoria Publiciana.

Diximus jam supra falsam habendam eorum sententiam quorum meminit Faber, qui actionem in rem civilem arbitrariam esse negant. Arbitrium hoc esse diximus de restituendo, cui si non pareatur, regulariter juretur in litem ut tamen aliquando res præcise juxta arbitrium restituenda sit, juxta *leg. qui restituere.68 de rei vindicatione.* Quod enim ibi de juramento in litem dicitur, ubi reus dolo non potest restituere, id minime ita accipiendum est, quasi eo tantum casu in litem jurari possit, sed quod eo casu juramentum in litem sit necessarium, & oppositio adeo ita explicanda, quod in altera casu, quo reus restituere potest sed non vult, possit etiam non jurari, sed etiam res auferri manu militari, non vero quod hoc casu, quomodo inepte illum locum accipit Faber, prorsus cessat juramentum in litem: cui explicationi præter manifestam rationem (quid enim si actor hanc viam jurandi in litem eligat,) repugnant apertissimi textus, quos alias nullo ope cum *d l.68.* conciliare possis, in *l. eius rei in l. sequent. de rei vindicat. l. ultim de fideiussor. l. tutor. 8. de in litem iur.* Quibus juramentum in litem habet, ubi reus non vult restituere: ut vel hinc necessariò falsum sit, quod Anton. Fab. ante citatis locis & *decad. 92. err. 4.* defendit, prorsus hodie sublatas esse arbitrarias actiones: neque facile quis dixerit, quod actiones bonæ fidei tantum admittant juramentum in litem, ubi reus dolo restituere non potest.

Non abs re erit illud hic attexere, quousque possit jurari in litem, & an facultas æstimandi prorsus relinquatur libera actori, an aliquo modo restringatur & limitetur. Et *Anton. Fab. libro 16. coniectur. cap. 17. & 18. & decad. 92. err. 4. & 5.* contendit permitti hoc actori sine ulla taxatione & restrictione. Sed contra responsum est in *l. arbitrio. 18. inf. de dol mal l. 3. §. 2. ad exhibendum l. 4. §. 2. & l. 5. §. 1. de in lit. iur.* verum Anton. Fab. omnia ista loco corrupta esse censet à Triboniano, qui nimirum deceptus sit ex eo, quod putaverit idem esse jurare in infinitum & jurare in immensum: ita enim legimus in *d. l. 4.* §. 2. adeo præfigendam esse quantitatem aliquam à judice, nec arrepta occasione juretur in immensum. Sed nimirum quicquid infinitum est, illud etiam immensum est, & eodem modo utrumque verbum captari potest: & qui nullis circumscriptis limitibus quantocunque tripli vel quadrupli, juramento rem æstimat, potest dici jurare in immensum: quod si enim infinitum pro indefinito accipias, nec ratio quidem erit dubitandi: & res satis perspicua est, quod permissum sit actori propter contumaciam rei, quanti velit, rem æstimare, ut tamen hoc accipiatur civiliter, nec nimis magno res æstimetur: & quia procul dubio actores facultate hac abutebantur, & nimis indulgebant affectioni, probabile est, cum non facile admitteretur quæstio perjurij, receptum fuisse, ut judex aliquam præfiniret quantitatem, maxime si personam ejusmodi esse judicaret, quæ facile sit peieratura. Et cum Fab. admittat, si actor nimio rem æstimaverit,

posse quæri de ejus perjurio & juramentum retractari, quidni etiam ad evitandum perjurium, ex causis & personis permittamus judici, aliquam summam præfinire. Hoc cum perspicuam habeat rationem, etiamsi textus deficeremus, extremæ impudentiæ est contradicere, & Tribonianum tanquam hominem juris imperitissimum accusare. Et ratio solida est, quæ proponitur in *d.l.4 §.1.& d l.5.§.1.de in.lit.iur* quod qui potest non deferre juramentum, etiam potest illud limitare: nam Ant. Fab. hæc quoque quod de facultate illa deferendi judici permissa traditum legitur, à Triboniano esse & rationem juris offendere scribit, non refutandum sed explodendum & deridendum est. Et suavis eius est ratio, quod judex secundum formulam necesse habuerit reum condemnare: etenim non hæc formula fuit, *quanti in litem iuratum est condemna*, sed, *condemna*: adeoque modus condemnandi judici fuit permissus, & prorsus ineptum est, à regula inferre ad excludendas omnes exceptiones: & multa regulariter obtinuerunt, ut tamen judici non fuerit negatum ex causa à regula discedere. Nulla etiam est ratio Fabri, quod non sit æquum ut Dominus justo pretio invitus cogatur vendere rem suam: etenim non justum & verum pretiũ, sed aliquid amplius & posse & debere definite dicimus: & ex hypothesi permissæ taxationis judici, quam satis probavimus, optima consequentia est, ut judex qui certam summam juramento præfinire potest, etiam citra juramentum rem existimare possit. Inepte etiam adducitur *leg ultim. de in lit. iur.* vel quia ex eo, quod ex necessitate juris in litem jurari dicitur, non rectè infertur. quod judex illud præcise necessario cogatur deferre: vel quia non de omni iuramento in litem textus ille loquitur, sed de ea specie quæ dicitur veritatis, & cui iuxta *leg. 5. de in lit. iurand §. ult.* locus est, ubi judex rem æstimare nequit; pro qua explicatione facit, quod in *dict. leg. ultim.* negatur quæri de periurio eius qui ita juravit, iuramẽtum autem affectionis retractari posse probat, *l.4. §.2. de in lit. iurand.* & quia eum textum Triboniano adscribit Fab. confirmat *l. ultim. C. de rebus cred l admonendi 31. de iur.* quamvis enim, quod respondet Faber, ibi non agatur de iuramento in litem, bona tamen illatio est. si species illæ iuramenti, de quibus in *d. l. ultim. & d.l.31.* ex gravi caussa retractantur, posse etiam retractari juramentum in litem affectionis. Sed ut ad prius illud redeamus de taxatione iudicis, ei ex ratione iuris locum non esse, Faber confirmare conatur *ex l. 68. de rei vindicat.* ubi dicitur sine taxatione in infinitum jurari. Et Doctores quidem, quibus non ita licuit corrumpere textus, ad eos conciliandos distinguunt inter taxationem quæ fit à lege, & quæ fit à iudice. Dicam quidem ab initio quidem ita obtinuisse, sed postea ad coercendam impudentiam iniuriarum cepisse præfigi certam quantitatem. Dicam etiam in arbitrio iudicis fuisse, an laxum & liberum, an limitatum juramentum deferret. Notetur autem hic impudentia Fabr. qui hunc textum pro se adducit, quem tamen ipse totum à Triboniano corruptum, & nullum in eo verbum Vlpiani esse dicit: neque ita socors Tribonianus fuisse credendus est, ut secum ipse pugnaret. Altera ratio Fabri, quod dominus non debeat invitus justo pretio vendere rem suam, nihil concludit: quoniam ut paulo ante diximus, quantitas quam præfiget iudex, non debet continere veram æstimationem rei, sed eam ne contumacia maneat impunita, superare.

Quoniam in hunc tractatum de iuramento in litem incidimus, addamus etiam hoc, an iudex ante sententiam deferat & præstari faciat iuramentum in litem,

litem, an vero demum post eam. Decisum & hoc est non obscure *in dict. leg.4. §.item.3 de in lit.iurand.* ubi cum Iurisconsultus dicat, posse judicem non sequi juramentum, sed vel prorsus absolvere vel etiam minoris condemnare, hoc ipsum necessario docet quod juramentum præstetur antequam sententiam feratur: idque etiam ratio suadet, quoniam sententia debet continere certam rem vel quantitatem, non se referre in futurum: quod si enim actor postea jurare nolit, nulla erit sententia. Et probabiliter ita concluditur, quod quæ ratio est æstimationis quam facit judex in aliis actionibus, præsertim ubi agitur ad interesse, ead. sit ratio æstimationis, quam facit actor. Atquin dubitandum non est, quin judex æstimet V.C. interesse ante sententiam, ridiculum enim sit judicem ita sententiam ferre, quanti ipse postea sit æstimaturus: & docet §.*curare.32.de act.* quod judex debeat in sententia exprimere certam quantitatem, etiamsi de incerta summa apud ipsum fuerit actum, & quod juramentum præcedat, sequatur sententia, satis perspicue probat *l summa 3.C.de in lit.iur.* Sed Ant. Fab. perinde ac si conjurasset in perniciem Iurisprudentiæ, & hoc unum ageret, ut & textus juris & ipsam rationem everteret, hic quoque contradicit *dec.89.& decad.91 err. 8.* ubi scribit juramentum in litem per condemnationem deferri, *& libro 16. coniect.cap.17.* ubi verba paulo ante relata *ex l.4.& 3.de in lit.iurand.* ita erroris arguit & falsitatis, quasi vero inquit juramentum in litem possit aut debeat præcedere condemnationem, & non potius ipsa condemnatio sit: ita enim concipienda sententia est, ut reus condemnetur quanti in litem iuratum sit. Hæc Ant. Fab. sed sine ulla ratione aut textu: impudens enim est, quod hoc liquido probari existimat ex *l si traditio.4.C.de act emti.* Siquidem hæc verba, *quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus præses provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit*, contrarium, & hoc evidenter ostendunt, quod in sententiam quantitas ipsa determinata deducatur, & quod ante sententiam interesse æstimetur.

XIV.

Actio quoque ad exhibendum, est actio arbitraria.

Refertur expresse in §.nostro, & ratio certa est, quoniam præcedit in ea arbitrium de exhibendo, cui si non pareatur, condemnatus reus, quanti actor in litem juraverit, *l.3. §.2. ad exhib.* quod quidem *Ant. Fab dec.92.err.5.* restringit ad casum quo qui rei vindicationem instituere vult, eam exhibere petit: sed & textus est generalis, & generalis ratio, quod actio ad exhibendum non fundatur in jure dominii, sed quod actoris interest, cuius interesse nomine in litem iuratur: facit quod in §.qui proxime præcedit §.2. quo dicitur jurari in litem, negatur eum qui ad exhibendum agere vult, necesse habere se dicere dominũ, cum multæ sint caussæ agendi ad exhibendum. Obiter hic annoto, quod Faber d. loco negat, ullo modo in actione ad exhibendum posse habere locum, manum militarem, quia ut ait, non nisi res præsens & exhibita possit auferre & transferri in actorem. Prorsus inconsiderate ut imperite: quoniam in hac actione non agitur de transferenda re in actorem sed tantum de ea exhibenda, & ubi præsens res & exhibita ab actore est, jam arbitrio paritum est, nec ultra contra reum in hac actione procedi potest: itaque quærendum est hic de manu milita-

ri, non ea, quæ versetur in transferendo, sed in exhibendo: cui sane locum esse posse, nemo sanus negaverit: utque enim inquisitione facta in ædibus, potest res mobilis V.C. equus, servus, columna, & si quid aliud est ejusdem generis autoritate & jussu magistratus per viatores & lictores apprehendi, & in judicium afferri & ita exhiberi: quomodo & in rei vindicatione, qua res mobilis petitur, manus militaris intervenire potest: quod autem in *fin. d. c. 5. tex. 92.* ait, præcedere declarationem super interesse actoris, & sequi jussum de exhibendo, jam in superioribus refutatum est.

XV.

Arbitrariæ quoque sunt actiones de dolo & quod metus causa.

Refertur in §. nostro, neq; de eo controversia est, sicut & apud Dd. constat, in utraque jurari in litem per *l. arbitrio 18. in pr. de dol. mal.* & ea de re quoad actionem quod metus causa quædam antea diximus. Hic autem paulo plenius nobis agendum est contra Anton Fab. *qui lib. 6 conject cap. 18. & dec. 91. err. 4 in fin* contendit, nec in actione quod met. caus. nec in actione doli jurari in litem. Vtitur argumento, quod in actione quod metus causa si non pareatur arbitrio, condemnatio fiat in quadruplum: quod argumentum negata consequentia jam ante confutavimus. Quod attinet actionem doli, si res dolo extorta non restituatur, reum condemnari ait quanti res est, vel quanti rem esse paret *l. 18. de dol.* ideoque non jurari in litem inde confirmat, quod verba, *quanti ea res est,* significent vel veram rei æstimationem, vel quanti re vera interest: per textum in *l. inter. 179 & l. hac verba. 191 de V. S.* quæ loca attestantur de priori significatione: & de secunda *l. 1. § hac verba, ne vis fiat ei l. 3. § ult. uti possid.* & igitur hoc modo côcludit Fab. In qua actione condemnatur reus quanti res est, in ea non juratur in litem: Atquin in actione doli ita condemnatur: Ergo, &c. Minor est in *d. l. 18. de dol.* Majoris probatio petitur ab Anton. Fab. *ex dd. textib.* Sed stramineum hoc argumentum est: quoniam consequentia majoris in hoc fundatur, quod verba *quanti ea res est,* non nisi veram & adæquatam æstimationem rei & interesse ubiq; significent. Hoc vero falsum est neq; ex adductis textibus probatur, aut ego ead. ratione probavero ex *d. l. 179. & d. l. 191.* quod verba, *quanti res est,* solam veram rei æstimationem, non etiam quod interest significent, quoniam in iam dd. textibus ita habetur. Sicut autem hoc inde concludi nô potest, sed quod ibi traditur ad suos & certos casus restringendum est: ita quoque ex illis textibus quos Fab. citat concludi non potest, *quanti res est* nunquam significare, *quãti in litem iuratum est* Enimvero quanti res est & quanti interest non tantum æstimatur à judice, sed etiam ab actore, & hoc semper per eius juramentum: ideoque vitiosa prorsus consequentia est: in hac actione venit quanti res est vel quanti interest, ergo non potest æstimari ab actore: & quod assertio Fabri non possit esse generalis, ostenditur exemplo perspicuo actionis ad exhibendum, in qua constat venire quanti interest, nec minus tamen certum est in ea jurari in litem: adeoq; falsissimum est quod Anton. Fab perpetuo contendit; hæc omnino

no inter se pugnare quanti interest & quantum in litem juratum est. Igitur hic concludamur, ex *l. 18. in pr. de dol. mal.* qua dicitur res condemnari quanti ea res est, minime probatur, quod non possit jurari in litem, quoniam hoc quanti res est, juramento actoris dicimus æstimari. Pro qua sententia stringit manifesta quoque ratio. quod perabsurdum sit reum contumacem, non condemnari in plus, quam præstaret, si contumax non esset, & arbitrio pareret: quod sane contingeret, si non nisi quanti re vera est & quanti re vera interest, condemnaretur, cum præsertim in actionem doli non tam ipsa res, quàm id quod interest deducatur: & identidem ipse Fab. inculcat, quod & manifesta suadet ratio, propter contumaciam graviorem reo infligi condemnationem. Sed quid ultra in confutando hoc Fabri argumento immoramur, quod ipse Fab. manifesto destruit & jugulat, dum ut retulimus disput. præced. statuit *d. cad. 9. 2. err. 8.* in actione furti pœnali jurari in litem, & objectionem ex *l. furti. 50. in pr. de furt.* qua dicitur quadruplari verum rei pretium, ita removet ut dicat, etiam per juramentum in litem verum pretium æstimari & definiri. Quod si ita est non poterit ad excludendum juramentum in litem ab actione doli inde inferri, quod in ea dicitur reus condemnari, quanti res erit, etiamsi diceretur condemnari, quanti re vera res erit. Existimo hominem, si quid habet frontis, pudore & rubore suffusum iri. Sed ut magis detegamus hominis ineptias, examinemus breviter quæ ille *lib. 16. conject. cap. 8.* contra *d. l. 18. de dol mal* qua parte juramentum in litem admittitur in utraque actione, disputat. Ait falsum esse quod ibi affirmatur, in verbis edicti *de eo quod met. caus.* non comprehendi certam quantitatem, quoniam sit definita pœna quadrupli. Prorsus inepte: quoniam textus dicit non esse definitam quantitatem quadruplandam, quæ adeo per juramentum in litem sit æstimanda. Ait, dici, in *l. 14. § 7. quod met. caus.* quadruplari quanti res est cum causa & fructibus, iisque verbis significari quanti re vera interest. Equidem si verum est, quod ex Anton. Fab. paulo ante retulimus, etiam per juramentum verum rei pretium æstimatur: cæteroquin dicemus eam esse petitionem principii, neque usquam fieri mentionem ejus quod re vera interest, sed rei cum fructibus & omni causa, & simpliciter ejus quod interest in ead. *l. 14. § pen.* & jam ante diximus prorsus falsum esse quod hæc pugnent, & quidem *ut cap. 18.* Anton. Fab. ait, ex diametro, quanti interest, & quanti in litem juratum est.

Et omnino admittendum non est, universaliter & semper inter se pugnare, quanti res est, vel quanti res est, & quanti in litem juratum est: licet aliquando in ijs se terminis ubi res per judicem æstimanda est, atque adeo in specie accepta inter se opponantur: quod accidit, ubi reus qui rem restituere debet, caret dolo: quo pertinet *l. qui restituere 68. de rei vind.* quamvis impudenter faciat, Ant. Fab. dum allegat pro se eum textum, quem totum Triboniani nec ullum in eo verbum ICti Ulpiani esse affirmant. Eodemque pertinent textus in *l. tutor 8. de in lit. iur. & in l. non à iudice 64. de iudic.* in quibus sc. quod interest, in specie usurpatur: etenim regulariter extra casus expressos & quibus contumacia & dolus rei intercedit, non actor sed judex æstimat, quod interest: velut in omnibus obligationibus faciendi: cæteroquin generale illud esse non posse, & aliquando quod interest. Per actorem jurejurando in litem æstimari, vel unico exemplo actionis ad exhibendum apparet, quinimo omnium illorum casuum, quibus contumacia rei in non parendo intercedit.

Plane.

Plane in actione quod met.caus.cum sufficiat pœna quadrupli, non admitterem juramentum in litem, nisi illud moveret, quod res cum fructibus, & omni caussa commode à judice æstimari non possunt: contra quam falso putat Fab. qui idem falso affirmat, super fructibus etiam quatenus in consequentiam cum re veniunt, non posse jurari in litem: & illud eiusdem falsius, quod ubicunque potest æstimari à judice, nunquam permittatur æstimatio parti per juramentum in litem: hoc inquam, & quod tum demum in litem juretur, ubi aliter nullo modo consuli potest actori, in terminis commissæ contumaciæ falsum imo falsissimum est: utique enim fundus vel quid aliud rei vindicatione petitus, & penes reum existens, facile à judice æstimari possit. & *in l. 8. de in lit. iur.* proponitur res æstimari posse à judice, sed iniquum dicitur ita rem æstimari ubi reus contumax fuit: & in actionibus bonæ fidei utcunque res petita æstimari possit, tamen in litem jurari constat. Et inepte adducitur *l. ult de in lit iur.* quod ex necessitate juris juretur in litem: vel quia hæc est necessitas juris, ut ex ratione juris contra contumacem in litem juretur: vel potius, quoniam contra quam putat *Fab. 16 coniectur. cap. 17. & 18.* textus ille cum Dd. communissime loquitur de juramento in litem, quod appellare solent veritatis: idque hinc firmatur quod Iurisconsultus ibid. in hac specie juramenti quæri negat de perjurio, tacite innuens & à contrario sensu, aliam esse speciem istius juramenti ubi de perjurio quæratur: eandemque explicationem suadet *l 5. in fin. eod. tit.* ubi Iurisconsultus negat in actionibus stricti juris in litem jurari, nisi ubi res aliter à judice æstimari non potest, adeo in casu necessitatis, ut manifestum fit dari alios casus, quibus extra necessitatem juretur in litem: & ipse *Faber 16. coniect. 15.* duplicem causam statuit huius juramenti, necessitatem & æquitatem. Illa porro Anton. Fab. ratio fatua est, dum ait omnes admittere, juramentum in litem ex hac causa deferri & præstari, quod reus rem non restituat, non autem posse dici restitui debere quanti in litem juratum est, nec ergo fieri posse, ut juramento in litem æstimetur simplum quod quadruplandum est. Nego hac consequentia quicquam fingi posse ineptius: quoniam non dicimus restitui debere ex arbitrio, quanti in litem juratum est, sed restitui debere rem cum fructibus, in quo nimirum est simplum, & quanti hoc est quod non restituitur, æstimari debere per juramentum, & hoc quadruplandum esse: quod enim non animadvertit Fab. alia ratio est juramenti in litē in rei vindicatione, ubi in æstimatione jurata finalis subsistit condemnatio: aliam in actione quod metus causa, ubi juramentum in litem tendit ad ineundam rationem quadrupli, in quo est finalis condemnatio. Enimvero cur fieri nequeat ut huic fini juramentum in litem deferatur, siquidē admittimus cum Fabro, quod per juramentum in litem æstimemur simplum quod quadruplandum est in actione furti mere pœnali. Illa autem ratio, quod non obstante metu vel dolo transferatur dominium, solus autem dominus juret in litem, refutatur thes. seq. Quamvis sane cum causa transferendi dominii injusta sit & improba, & prætor edicto suo, quod metu vel dolo gestum est rescindat, & exitu inspecto pro non gesto pene habeat, in actionibus his doli & metus perinde res habenda videatur, ac si dominium translatum non esset: quamvis illud non omnino extra dubium sit, an dolus contractus faciat nullos, & an omnino dominium transferatur. Pergit Fab. contra decisionem *l. 18. de dol.* quia iuramentū in litem in actione doli permittitur, quod actio doli sit mere in personam, in actionibus autem personalibus esset juramentum in litem,

Videtur

Videtur ille deducere ex hypothesi sua, quod solus dominus in litem juret, quam falsum ostendemus th. seq. nam quod adducit *l.5 de in lit. iurand.* ubi dicitur in actionibus in rem jurari in litem, nihil concludit, quoniam propositio aut fiet particularis, aut argumentum peccabit in forma: sed si verba præcise sequimur, etiam in hypothecaria actione, quæ in rem est in litem jurabitur, quod tamen negat Fab. sed & hinc efficere possis, non jurari in litem nec in actione ad exhibendum, quam personalem appellat ICtus, de quo actum disput. 2. nec in actionibus bonæ fidei, depositi, commodati, &c. quæ utique in personam sunt: & in hoc comparantur actiones bonæ fidei & arbitrariæ, quod in utrisque in litem juretur: prorsus eam Ant. Fab. *d l.5.* corruptam dicat à Tribon. frustra eam pro se adducit. Quod denique in fine cap. Ant. Fab *ex §.1. d l.18. de dol.* affert, condemnari reum quanti interest, ergo non quanti in litem juratum est, eam ineptam consequentiam esse supra ostendimus Et hoc saltem illo loco significatur, quod aliquando necessarium non sit, ut arbitrium de restituendo præcedat, ubi scilicet homo V.C. defunctus est, sed protinus reus debeat condemnari quanti interest actoris, & scilicet ex natura actionis arbitrariæ ob dolum rei, quanti sua interesse actor juraverit. Obiter addo omnino falsum esse quod *Ant. Fab. c. 18.* ait, in actione quod met. caus. peti quadruplum, quod etiam notabitur th. seq.

XVI.

Arbitraria itidem actio est, hypothecaria, Serviana & quasi.

Actio hypothecaria usurpatur in genere, & in specie, pro actione quasi Serviana, ut docet hic noster §. in quo nominatim etiam inter actiones arbitrarias refertur, quia nisi in ea arbitrio judicis reus rem restituat, condemnatur, videlicet quanti actor sua interesse juraverit, ut expressum est *in l si fundus 16. §. in vindicatione de pignorib.* Hic quoque temerator ille juris Anton. Fab. contradicit *decad. 92. err* 10. *&* 16. *conject. cap. 15.* & negat in hac actione in litem jurari posse, adeo ut in pr. *d. cap. 15.* nihil falsius aut ineptius dici posse dicat, quam quod in hac actione in litem juretur, & tamen ineptus homo ejusmodi rationibus utitur, quas dupondius quivis pene dissolvat, Vtitur passim hac ratione, quod qui non experiatur jure dominii non possit jurare in litem adeo ut dec 92. cap. 8. dicat cessante jure dominii, nunquam posse deferri iuramentum in litem & cap. 10. esse contra omnes iuris regulas ut in actione Serviana iuretur in litem: & statim quod iure Tribon: *in l. 16. §. 4. de pignor. sint pueriles & futiles:* atquin creditor non experitur iure dominii: ergo, &c. Maiorem conatur probare *ex l. tutor. 8. in fin. de in lit. iurand.* ubi dicitur quod arbitrio domini potius pretium sit statuendum: item ex *l. non enim. 9. rer. amot.* ubi hæc ratio redditur propter quam iuretur in litem, quoniam non sit æquum, ut quis invitus suo pretio rem vendat: item ex *l si filiusfam. 25. §. maritum. solut. matrimon.* ubi ead. ratio redditur, quod invitis nobis alius res nostras detinere non debeat. Sed Anton. Fab. insigniter prodit imperitiam suam in Logica: eiusmodi enim est collectio. Mulier repetens res suas à marito, actione pro dote, maritus repetens res suas ab uxore actione rerum amot. dominus alius petens rem suam vindicatione, iurant in litem contra contumacem reum, quoniam non debet iis invitis res ab aliis detineri:

neri: ergo hi soli jurant & ex sola causa juretur in litem. Hæc collectio vitiosa est, quoniam non ita istis casibus juramentũ in litem refertur, ut ad eos restringatur, & omnes alii casus excludantur, sed ut dominis præcipue juramentũ hoc deferri intelligamus: quamvis mulier in actione pro dote ex ratione juris nostri non veniat jure dominii. Si categorice quis concludere velit rationem Fabri tale fiet argumentum. Dominus jurat in litem: creditor non est dominus, ergo non jurat in litem. Hoc argumentũ vel pueri exploserint, cum minor in prima figura sit negativa, nec maior convertibilis, ut materiæ ratio eum syllogismum defendere non possit. Verum hoc modo solide concluditur. In quacunq; actione arbitraria vel bonæ fidei res per contumaciam non restituitur actori, qui jus in re vel ad rem habet, in illa iuratur in litem: atquin actio hypothecaria est arbitraria: ergo, &c. Maioris ratio sumitur ex §. nostro, ibi, *si rem non restituat*: & inde confirmatur, quod duo sint modi æstimandi rem, alter accurate & ex veritate, qui regulariter fit à judice: alter qui fit ab actore, & præsumtive ultra veritatem: absurdum autẽ sit, ut prior ille modus adhibeatur in casu contumaciæ rei, sed imo per modum posteriorem coercenda est contumacia, non ea nuda, ut inepte ludit Fab. sed qua res non restituitur ei ad quem pertinet, utcunq; non pertineat jure dominii: quo pertinet *l. 1. de in lit. iur.* in qua IC. generaliter & indefinite loquitur, quod ob contumaciam juretur in litem, item *in l. 8 eod.* ubi contumaciam puniendam esse dicitur: nam quod ibi ratio illa applicatur ad casum dominii, non propterea alii casus excluduntur. Verum ipse Fab. sui oblitus eod. loco, *& c. 15.* expresse scribit, ut juramentum in litem habeat locum, oportere rem esse vel actoris propriam, vel saltem ei debitam: quæ duo inter se sunt opposita: & ita totum istud fundamentum corruit de jure dominii, quod perpetuo urget *decad. 92. error. 5. & 30. & lib. 16. coniectur c. 17. & 18.* qui etiam ex hoc fundamento, ut diximus th. præced. impudenter negat, in actione doli & metus iurari in litem, quoniam dolus & metus non impedient translationem dominii: ita ille homo nihil pensi habet quid dicat, & an sibi contradicat, etiam eod. cap. utpote qui hoc argumento probare velit in hypothecaria non jurari in litem, quia res quæ petitur nec sit creditoris propria, nec ei debeatur: atque ita duplicem hanc causam iurandi in litem admittit, qui eod. cap. & locis jam citatis perpetuo urget ius dominii, & ex eo solo vult jurari in litem, quod ex seqq. magis apparebit. Et hic tamen quoque ludit in fallacia homonymiæ, dum rem hypothecatam creditori deberi negat: quia non debetur proprie loquẽdo & ex conventione, sed debetur ejus restitutio, & ad eam possessor tenetur, & si non faciat, juratur in litem quanti interest, quod etiam in actione ad exhibendum per iuramentum æstimatur: actio enim hypothecaria persequitur rem *l pignor. 17. de pignor. §. item Serviana Inst. h. t.* & falsum adeo est quod Ant. Fab. pecuniam deberi, & super hoc quoque jussum interponi ait: etenim pecunia debetur actione personali non actione hypothecaria, licet qui debitum solvit, ab actione ista absolvatur, quoniam hoc nomine tantum interest creditoris rem sibi restitui, ut ex ea debitum suum consequatur. Porro multis exemplis aliis & textibus ostendi potest, quod non solus dominus juret in litem. Et occurrunt 1. actiones bonæ fidei quibus experimur non jure dominii, sed jure obligationis, quam solam, non vero dominium in actione V. C depositi vel commodati probare necesse est, & juratur in litem contra eum qui contra bonã fidem contumaciter rem non restituit. 2. Occurrit actio ex stipulatu & testamento quæ dantur contra dominũ in quibus li-

cet

cet non regulariter, tamen iuratur in litem in casu *l. 5. ult. de in lit. iurand. 5.* Actio ad exhibendum de qua quædam diximus th. 14. quod non fundetur in iure dominii, & facultas iurandi male restringatur ad casum quo dominus agit, quamvis & hic non dominium sed interesse principaliter in considerationem veniat: qui autem iure dominii rem restitui sibi petit, nullo modo persequitur interesse, & propter hoc tamen in litem iurari docet hæc ad exhibendum actio. Et vitiose concludit Anton. Fab. quod ubi non iuratur in litem in actione principali, ibi nec in actione præparatoria locum iuramento esse posse, ne maior sit vis actionis præparatoriæ quam principalis: ut scil. inde efficiat non semper in actione ad exhibendũ in litem iurari posse: etenim ubi diversa ratio est consequentia hæc procedere non potest, & in hac præparatoria ad exhibendum agitur, quod qui contemto iussu iudicis non facit, merito isto modo coercetur, quæ qualitas cessans in actione principali excludit iuramentum, neq; enim propterea ipsa principalis quoque arbitraria efficitur, eo quod præparatoria talis est. Et propria ratio est cur in hac actione iuretur in litem, videlicet interesse, quæ facit, ut etiam propter instrumenta iuretur in litem *l. 4. C. ad exhibend.* utique enim non propter æstimationem, quo etiam pertinent *l. 6. & ult. C. eod. tit. l. 18. D. eod l. qui tab. 42. in pr. ad L. Aquil.* 4. Occurrit actio confessoria, in qua iurari in litem docet *l. harum 7. si servit. vindic.* Licet enim dominium rerum aliquod corporalium fingas, de quo alibi disputatur, id tamen ad rem non facit, quoniam hic iuratur super eo quod interest cautum non esse *per d. l.* non vero fit æstimatio alicuius dominii idque apertius est in actione negatoria, quæ non potest dici intentari pro persecutione dominii aut eius æstimatione: in qua tamen itidem iuratur in litem. 5. Constat in interdictis actorem non experiri iure dominii, & tamen in actione ex causa interdicti quod vi aut clam in litem iurari scribit *Vlp. in l. semper. 15. §. sed quod 9. quod vi aut clam*, quod etiam generalius confirmatur *ex l. 68. in fi. de rei vind.* Neque enim audio impudentiæ columen aut si mavis culmen, Ant. Fabr. qui non tantum *d. l 68* sed etiam *d. l. 15. §. 9.* à Tribon. corruptam esse clamitat *l. 16. coniect. ult.* nihil enim certi erit, si ita agatur: & quod cuiquam licet, illud cuivis licet, hoc autem admisso, ut quisq; pro arbitrio suo textus iuris figat: & refigat, periit Iurisprudentia. Et suavis est Fab. hinc arguens Tribonianum *in d. l. 15. §. 9 quod vi aut clam*, quod non satis Latinum sit, *iurare iusiurandum*: dicimus enim, errare errorem, servire servitutem, & plura eiusmodi: quamvis nec ita accuratam Latinitatem à ICtis qui paulo sequiori seculo vixerunt, exigere semper debeamus. Illa autem putida petitio principii est, quod non nisi dominus in litem iurare possit, & illud oppido quam impudens quod d. c. ult. scribit, in nulla actione prætoria excepta Publiciana iurari in litem. 6 Fortissime pugnat contra Fabr. exemplum actionis Favianæ, in qua iurari in litem admittit Fab. *ex l 5 §. 1. si quis in fraudem patron.* quem sane textum minor quod non itidem à Triboniano corruptum dicat: siquidem constat actionem hanc prorsus in iure dominii non fundari: & duplex ratio specialitatis quam reddit Fab. *decad, 93. err. 6.* utraque frivola & inepta est. Ait 1. iuramentum permitti patrono non tanquam creditori, sed tanquam domino, quoniam si servus manumissus non fuisset, omnia per eum acquisivisset. Et ineptus homo, qui hac ratione negat iuramentum in litem in actione doli & metus causa, quod dominium sit translatum in reum, ubi tamen non deest prætextus aliquis, ut ante ostendimus, audet tam frigido hic colore uti; quoniam postquam servus

semel manumissus est, ipse, non patronus dominus rerum efficitur, nec amplius juris patronos in ejus bonis habet, quam pater in bonis post emancipationem à filio quæsitis: & tanto hoc ineptius est, quod multa liber factus acquirit, quæ si servus mansisset, nunquam ad eum pervenissent, veluti ex successionibus, nuptiis, &c. & si fictio Fabri haberet locum, non opus fuisset actiones revocatoria, sed ex commentitio illo dominio prætor vel lex vindicationem bonorum alienatorum concedere potuisset: & si eo cogitur descendere Faber, ut sub prætextu fictitij dominij, imo quod prorsus nullum & in jure nostro monstrum est, admittat juramentum in litem, licebit longe rectius, quam ut ipsius ineptias sequamur, alibi quoque cum textibus juris illud admittere. Altera ratio ineptior est: quod videlicet in petitione hereditatis juretur in litem, si autem bona alienata non fuissent, reperturum ea fuisse patronū in petitione hereditatis, & perinde adeo habendum, ac si patronus possessoria hæreditatis petitione experiretur: etenim si eiusmodi commenta admittamus nunquam non poterit assumi aliquis dominii color: & possim dicere creditorem esse dominum juris, cuius vigore juretur in litem: & constat petitionem hæreditatis non dari contra possidentem titulo singulari, tanto minus, si possessor non participaverit fraudē, contra quem tamen actio Calvisiana datur & ipse Fab. cogitur agnoscere, quod & perspicuum est, longe differre à petitione hæreditatis judicium singulare Favianum & ex ista ratione sequeretur quod si debitor instituerit unum ex creditoribus, vel his alius succederet ab intestato debitori, quod hinc creditur heredi sit dandum juramentum in litem, si agat Pauliana: quoniam si res alienata nō fuisset, eam reperisset in bonis debitoris: quamvis forte huic creditori ut hæredi non possit dari contra factum defuncti actio: Et hæc de argumento illo generali desumto à jure dominij. Specialem rationem, quod in actione hypothecaria non juretur in litem, desumit Fab. ex *l si inter. 21. §. ult. de pignor.* ubi dicitur, si res non restituatur, contra possessorem litem æstimari. Resp. ineptam esse consequentiam ad negandum juramentū in litem: si quidem jam sæpe diximus, quod interest actoris etiam posse æstimari per juramentum. Quin imo retorqueri potest ille textus, qui docet contra possessorem tertium æstimari litem ultra id quod interest creditoris: quod sane non videtur fieri posse ordinario jure per judicem, sed per actorem, qui juramento suo definiat quanti interfit, in quo si postea quid deprehendatur ultra verum interesse, restituatur debitori, *d. l. 21. in fin.* & ergo ut non semel diximus, falsum est quod Ant. Fab. reperit 16. *coniect. ult.* nunquam quod interest æstimari per juramentum in litem: falsum imo falsissimum, quod huic æstimationi nunquam sit locus, ubi res potest æstimari per judicem.

Superest igitur, ut explosa disputatione Fabri statuamus in actione hypothecaria iurari posse in litem: quod firmatur ex affinitate actionum in rem quæ suadet ut hic quoque juretur in litem re non restituta juxta arbitrium judicis, non quidem super æstimatione rei, in quo differt à vindicatione speciali, sed super interesse *d. l. 21. §. ultim de pignor.* Arbitrium autem judicis in hoc solo consistere dicimus, ut res restituatur, non autem, ut male putat Fab. alternative, ut res præstetur, vel pecunia solvatur: quoniam hæc præstatio personalis non venit in actionem realem, ideoque nec in arbitrium judicis, quod juxta naturam actionis interponitur & ad *Treutler. p. 1. de in ius vocand.* improbavimus communem errorem Dd. qui putant petitionem in actione hypo-

hypothecaria esse alternativam: ideoque inepta prorsus est Fabri comparatio pecuniæ solvendæ & rei restituendæ, & inepta argumentatio: illa non est in petitione, ergo nec hæc. Illud quoque Ant. Fab. prorsus falsum est, quod arbitrium iudicis procedat ex mera æquitate non ex petitione: quia imo illud secundum hanc dirigi necessum est, quod ostendit formula. *si paret rem esse Titii eaque tuo arbitrio non restituatur, &c.* & iam ante probavimus, quod petitio de restituendo vel expresse vel implicite insit actioni. Quod cum per se perspicuum sit, & utique hic sit extremus finis actionis, unde & passim res vindicari, peti, &c. dicitur, neque sufficiat actori nuda declaratio dominii quis non miretur impudentiam Fabri affirmantis *lib. 16. coniect. cap. 15.* hoc abhorrere à principiis iuris, quod in hypothecaria actione petatur restitutio rei: possit fortassis hoc concedi, eam petitionem superfluam esse, & satis subintelligi in hac intentione, qua actor dicit rem sibi obligatam, sed arguere hoc esse contra iuris principia, non est hominis sua mente utentis: nisi quis ipsos Iurisconsultos ignorasse principia dicat, apud quos passim legimus, quod actio hypothecaria rem ipsam persequatur. Quin audet Fab. qui ignorat quod heri scripsit, *cap. 18. eiusdem lib. 16.* affirmare, quod in actione quod met. caus. petatur quadruplum: quod quidem omnino falsum & contra principia iuris est: ita enim se res habet, ut quod est in sententia prima & iussu, id sit in petitione, aut utique sine vitio esse possit: quod autem est in sententia secunda finali, quæ in specie condemnatio dicitur, cuiusmodi est quadruplum in actione quod met. caus. illud non sit in petitione: quoniam accidit ex nova causa videlicet contumacia, quæ post litem demum contestatam emergit. Sed piget in his nugis diutius immorari, & sunt cætera quæ illo loco tractat, paulo hinc alieniora: de quibus, & aliis, quæ de actione hypothecaria contra textus iuris *in l. 3. §. 2. & l. 16. de pignor.* disputat *decad. 92. err. 9. cum seqq.* proprio loco agemus, & quam ea falsa & inepta sint ostendemus.

XVII.

Actiones quoque noxales inter arbitrarias à Iustin. referuntur.

His videlicet verbis §. nostri: *nisi rem restituat vel solvat; vel ex noxali causa servum dedat.* Sed non caret ista res magna dubitatione, quomodo & quo sensu hæ actiones possint esse arbitrariæ, & contra eam Iustinian. assertionem ex professo disputat *Anton. Fab. decad. 92. err. 6. & 7.* Nimirum hæc est natura actionum arbitrariarum, de quibus hic agimus, ut præcedat arbitrium & iussum de aliquo faciendo, quo non facto sequatur sententia & condemnatio in aliud gravius, ita ut post eam finalem sententiam non amplius supersit facultas reo præstandi hoc, quod erat in arbitrio, sed præstare solvere cogatur, quod propter contumaciam in condemnationem fuit deductum. Hæc si noxales actiones debent esse arbitrariæ, iis quoque accommodari oportet, & consequenter reus prius iubebitur noxæ dedere servum quod si non faciat, condemnabitur in solidam damni æstimationem, & ex inde amplius facultatem servum noxæ dedendi non habebit. Et tamen aliter hic comparatum est, & in finali condemnatione est & noxæ deditio & pecuniaria condemnatio simul & alternative, *noxa dedere aut decem solvere,* ita ut post sententiam reo adhuc supersit facultas eligendi & noxæ deden-

di servum,& hæc electio & potestas servum dedendi non sit ex arbitrio iudici in actionibus cæteris arbitrariis,sed ex l. veluti hæc probantur *in l.6.§.1.de dic.* ex qua hæc differit Anton. Fab. d.loc. verum ille non primus, sed ante jam olim Doctores viderunt hanc difficultatem, & inter eos Iohan.Fab. qui nostrum hoc ipsum movet, quod noxæ deditio sit in electione rei, & superſi iam post sententiam,neque possit iudex ita jubere,ut noxæ servus dedatur, & non facto præcise ad solidam æstimationem damni condemnare. Iason.ex n te Iohan.Fabr. respondet hoc sensu actiones noxales dici arbitrarias, quod p judex interrogare reum, an velit noxæ dare servum nec ne, quod si facturun respondeat reus, posse tum iudicem præcipere ut noxæ dedat, & si non pa condemnare tantum in æstimationem. Sed hæc expl catio dubia fit 1.quia i videtur ex interrogatione judicis,& responsione rei posse demum existere & sci arbitrium,sed hoc debet inesse ex natura actionis.2. Quia non videtur reus istam interrogationem amittere facultatem dedendi noxæ, quam habet ex le aut judex hoc modo eam reo adimere: nam 3 alias iudex ita interrogando omi pene actiones posset facere arbitrarias: sed & 4. totum istud de interrogan reo videtur esse commentum, neque testibus juris probari: quamvis ea videat esse communior explicatio Dd, qui aliter se hinc extricare non potuerint, veli supra retulimus,hanc speciem à Dd. constitui arbitrariarum actionum, quod qu dam tales sint propter officium iudicis quod vertitur in interrogando conve tum, an quid solvere vel t nec ne. Accurs.tamen in §. nostro, in verbo, *nam ram,* alio modo removere conatur hanc difficultatem, quod hæ actiones dicant arbitrariæ non ratione arbitrii quod interveniat circa quantitatem,sed circa qual tatem, videlicet quod iudex arbitretur an condemnari debeat dominus in sol dum, an ad noxæ deditionem illud: si servus deliquerit sciente domino, hoc si i gnorante. Sed hanc opinionem recte improbat post Iohan.Fab. Ias. & commu nius improbari ait: quoniam hoc non ab arbitrio iudicis,sed ab intentione acto ris & probationibus dependet, *argum.l.4 §.ultim.de noxal.act.* & utcunque no arguatur ab actore scientia domini,tamen condemnatio est alternativa, & si acto scientiam domini arguit, ad dandum noxæ iudex condemnare non potest, qui tum non noxalis sed pura est actio. Sed nec verba Iustin.in §.nostro.hanc expli cationem patiuntur quæ docent hoc sensu actionem noxalem esse arbitrariam ut reus si servum noxæ non dedat,condemnetur. Ant.Fab.*decad.92.err.6.* nodum quem solvere non potest suo more secat, & hoc adscribit imperitiæ Triboniani, qui actiones noxales retulerit inter arbitrarias: & idem e,seq. disputat contra eos qui Iustinianum ita accipiunt quasi tum demum actiones noxales voluerit esse ar bitrarias,ubi princ palis actio talis est, veluti si servus dolo vel metu quid extorse rit. Contra quam op nionem frigide ab Anton.Fab.refutatum illud facit, quod ita Iustin. parum subtiliter has actiones ab aliis,& nominatim ab actione doli & metus separasset. quæ tantum harum essent accessiones:item que facit, quod aut dominus non habet rem quam servus metu extorsit,& tum actio sapit cuiuscunque alterius actionis noxalis naturam :aut vero eam tenet,& tum instar cuiuscunque tertii pos sessoris poterit conveniri. Forte videri possint actiones noxales relatæ hoc §. sub arbitrarias,propter istam similitudinem: quod in illis quoque videtur esse dupl x cōdemnatio:& quod præcipuū est,noxæ deditio sola est in petitione,& aliquid am plius in cōdemnatione,utiq; pura noxæ petitio non est, quæ sentētia est *d.l.6.§.1.de re iud.*

re iudic quod nullum sit judicium solius noxæ deditionis,id est, cui non simul insit ex natura actionis,facultas præstandi æstimationem,si dominus malit retinere servum:male autem ea verba ita accipit Fab.quod in petitione plane nō veniat noxæ deditio. Et recte dicemus,ita fuisse conceptam formulam: *si paret servum noxam commisisse,nec ille noxa delatur,index cōdemna*:Sed ut tamen noxæ dedere,simul adiiceretur sentētiæ,vel ex jure pro adjecto haberetur,& ita utrique in aliud quam in priore parte formulæ continebatur,condemnatio simul fieret, nimirum in æstimationem damni:idque hoc singulari effectu, quod pro æstimatione illa agebatur judicati eoque si ante litem ex ea actione contestatam nō fuisset traditus servus,solida æstimatio præstanda erat. Multa videlicet nos fugiunt ex veteribus actionum formulis,ut propterea non temere judicare,sed in alterutram partem calculum,& assensum sustinere & inhibere debeamus. Porrò quod noxæ deditio fuerit in petitione,quod impudenter negat Fab. perspicue satis probatur *ex l.4.§.ult.de noxal.act.* ubi proponitur actum cum noxæ deditione;& inepta est replicatio Fabri,aliud esse agere cum noxæ deditione,aliud petere ut noxæ dedatur servus:quoniam imo non potest fieri ut non petat servum noxæ dari,qui agit cum noxæ deditione:& oppositio quæ est in *d.§.ult.* manifeste hoc commentum refellit,qua quæritur, an actor qui arguit scientiam domini,& ita pure instituit actionem,possit post acceptum judicium ad noxalē causam transire:quod nihil aliud est,quam petere ut noxæ dedatur servus,& ita facultas hæc permittatur reo servū dedendi,quam adimit reo,qui simpliciter arguens scientiam domini,damni æstimationem petit. Hoc quoque rationis summæ & manifestæ est,ut reus qui noxæ dedit servum,absolvatur vel dimittatur,quod rursus ineptissime negat Ant. Fab.contendens omnino necessariam esse condēnationem,ut noxæ deditio sequi possit adducta *d.l.6 §.1.de re iud.* ubi dicitur quod noxæ deditio sequatur pecuniariam condemnationem. Sed scilicet istud minime generale est,verum ad eum tantum casum pertinet,quo reus passus est se condemnari : idque ideo in specie videtur annotasse Ulp.ut ostenderet propriam esse rationem huius actionis,in qua etiam post sententiam reus aliud solvere possit:nam cum noxæ deditio ex lege etiam post rem judicatam superesse dicatur,probabile est,non fuisse necessarium, ut in sententia fieret mentio expresse noxæ deditionis,sed quod judex potuerit condemnare in solam damni æstimationē. Neq; vero sententiam Fabri,quod necessario condemnatio præcedere debeat noxæ deditionem,quicquam juvat *l.non sol.29.de nox.act.* ubi dicitur posse quidem quem recusare,ne judicium noxale suspiciat,sed hunc debere omne ius suū transferre in actorem,perinde ac si damnatus esset. Etenim diversissimæ sunt solvere eum qui condemnatus est,& solvere hoc effectu perinde ac si damnatus esset,id est solvere tantundem,ac soluisset,si vere cōdemnatus fuisset:quod omnis reus facere tenetur,qui post litem contestatam vult evitare condemnationem:& perridiculum fit dicere, quod ideo condemnatio debeat præcedere solutionem. Quin nec tacita quidem condemnatio ex *d.l.29*.de noxalib. actionibus probatur,sed hoc tantum,quod reus debeat transferre omne ius suū, non minus quam si id facere condemnatus fuisset. Quod fortassis ideo adjecit JCtus,quia sententia pro titulo est,nec satis consultum videatur actori simpliciter servum à reo dimissum accipere,nisi color aliquis tituli introducatur: verum si reus servum mancipet actori,si in jure cedat,utiq; liberabitur reus, nec colore ullo sententiæ hic erit opus.

Ait

XVIII.

Ait Iustin. in §. nostro: *in his enim actionibus & aliis simili* *&c.* quibus verbis innuit alias adhuc esse actiones a bitrarias præter eas quas nominatim enumeravit: quarum numero videtur esse actio ædilitia, (a) n vero actio ex eod. edicto in factum. (b)

(a) Convenit enim hic natura actionum arbitrariarum, ut præcedat i sum de recipiendo servum & solvendo pretio eoque non facto condemnatio quatur in duplum *l. redhibitoria. 45 de ædilit. edict.* iam enim supra diximus, si bitrio non pareatur, condemnationem fieri in aliud, nimirum vel in æstimation iuratam vel in pœnam in specie dictam: sed possit videri scrupulum hic move quod dicitur *in d. l. 45.* si reus restituat in simplum condemnari: ut adeo non deatur præcessisse iussum, quoniam ubi reus iuxta iussum restituit, & arbitrio p ret, non condemnationi, sed potius absolutioni locus esse debet: Sed Iurisconf tus in *d. l. 45.* non ait, quod reus condemnetur, sed quod videatur condemnari restituat: quod explicandum est ex superioribus, quod ubi reus paret, & ita ult rius non proceditur, iussum & arbitrium resolvatur in sententiam & quasi finale condemnationem: quod adeo accidit etiam in hac actione redhibitoria, ut re censeatur simpli condemnatus, si arbitrio iudicis paruerit: idque ostendit evide ter contra Anton. Fab. quod iussum iudicis in terminis iam positis sit pro cond mnatione. Sed ne quid dissimulem amplius movet hic scrupulum, quod cu actio redhibitoria dicatur contineri iudicio empti. *l. 11. §. 3. de act. empt.* coqu nec dubitandum quin ea bonæ fidei actio sit, nulla tamen actio bonæ fidei est a bitraria: & proinde iuxta superius tradita, arbitrium hic non formulæ inseri, se i psi actioni inesse censendum erit, iuxta cuius naturam scilicet reus restituere debe at, & si non faciat condemnationem in duplum exspectare: cui explicationi verb *d. l. 45. de ædil. ed.* commode applicari possunt & debent. *b.)* Ant. Fab. conten dit *decad. 94. err. 6.* quod etiam arbitraria sit actio, qua emptor qui rem vitiosam redhibuit, repetit pretium nondum sibi restitutum, iuxta *l. quod si nolit. 31. §. in fa ctum. 17. de ædil ed.* hac adducta ratione, quod sicut in actione redhibitoria priu pronuncietur, servum esse redhibendum, ita in hac pronunciatur, servum esse re dhibitũ. Sed turpis error est, & ridicula decidendi ratio: non tantum quod illic pu tat pronunciari seorsim servum esse redhibendum, inde sequi arbitrium de redhi bendo, quod supra refutavimus: sed magis quod in actione hac in factum putat pronunciari de prætorio, quod servus sit redhibitus, & hinc existimat actionem eam esse arbitrariam: siquidem constat ei fini præcedere arbitrium, ut si ei non parea tur, condemnatio in aliud sequatur, & hac de causa actiones arbitrariæ appellan tur, ut absurdissimum sit credere, hac in re pro tali arbitrio haberi posse pronun ciationem super præterito: neque unquam iudex aliquid iubere posse dicitur, quod iam factum est. Et cum adeo in hac actione una sit & simplex condemna tio de restituendo pretio, consequitur istam actionem arbitrariam esse non posse.

XIX.

Arbitrariæ quoque actiones videntur esse confessoria &

nega-

negatoria (a) actio finium regundorum (b) Calvisiana & Pauliana. (c)

(a) Videtur hoc bene probari ex *l. harum. 7. inf. si servi. vindic.* ex qua apparet præcedere 1. jussum judicis de cavendo, quæ cautio est loco restitutionis in quibusdam servitutibus: cui jussui si non pareatur, sequatur condemnatio, quanti actor in litem juraverit: & sunt istæ actiones in rem, quæ in dubio arbitrariæ esse intelliguntur: & hanc sententiam confirmat pluribus *Ant. Fab. decad. 94. err. 6.*

(b) Hoc itidem pluribus adstruit *Ant. F. dec. 94. err. 1 & 2.* quamvis ipso hoc videatur particulariter tantum affirmare, quod aliquando sit arbitrio opus, & est sane specialis casus in *l. 4. §. 3. fin. regund.* & quod urget ex *§. pen. in fin. Inst. de offic. iud* ob contumaciam condemnari eum, qui fines metiri passus non est, nec necessario infert speciale arbitriũ, & parum ponderis habet prolatum ab Ant. F. cui ubi visum est, Tribonianus imperitissimus juris habetur: & potest ille textus accipi de mulcta quæ dicta est contumaci: *& in l. 3. C. fin. regund.* constitutũ est, ut etiam altera parte absente judex controversiam finium dirimere possit: neque enim moror quæ Ant. Fab. frigide & jejune contra *d. l. 3.* disputat. Et tamẽ in eam sententiam, quod actio fin. regund. arbitraria sit vel ideo proclivior sum, quod ea imitatur in plerisq; rei vindicationem, ut alibi ostendimus.

(c) Hoc quoq; pluribus tractat *Fab. decad. 93. err. 5. & 6.* ubi tamen multa aliena immiscet, quæ hic examinare non libet, quod præsertim in tractanda hac specie actionum arbitrariarum satis alias prolixe fuerimus.

ALTERA PARS DISPUTATIONIS SIVE DISCURSUS: DE ACTIONIBUS ARBITRARIIS.

Thesis I.

Diximus de una specie actionum arbitrariarum, ita dictarum, quod arbitrium iudicis præcedat condemnationem. Sequitur altera earum, in quibus tantum una fertur sententia, & ideo dicuntur arbitrariæ, quoniam quantum præstandum sit propter interesse loci, arbitrio iudicis definiendum permittitur.

In bonæ fidei jûdicijs ex arbitrio judicis satis fit actori *§. in bona 30. Inst. h. t.* & illæ adeo ista respectu quodammodo arbitrariæ dici possunt. Sed ut in parte priori diximus, actiones bonæ fidei quarum naturæ facultas illa arbitrandi inest, arbitrariæ dici non solent, sed hæ, in quibus necessario arbitrij mentio facienda est: quod contingit in utraque specie harum actionum, sed non eod. modo & fine: In altera, ut judex jubeat prius aliquid fieri, & nisi fiat condemnet: in altera, ut judex æstimet finaliter, quantum creditori ex debito sit solvendum, propter interesse loci, ob quod augetur vel minuitur condemnatio, pro ut alterutrius interest, in loco adjecto potius pecuniam solutam fuisse: idque citra aliquod jus ú

 præ-

præcedens facit judex una sententia: quod etiam probat *Ant. Fab. dec. 90. e* ubi contra istud levissimas quasdam movet objectiones: & 1. quod judex vi tur prius jubere reum solvere quantitatem debitam detracto eo, quod alte interest, & postea super hoc novam sententiam ferre. Etenim illa inepta fi sententia & nullius effectus, siquidem illud ipsum, ut solvatur pecunia detr eo & æstimato, quantum alterius interest, in finali sententia esse debet. 2. Q argumento *l. 4. §. 1. de eo quod certo loco*, videatur præcedere debere arbitriun cavendo. Etenim hoc tantum particulare est, & reus non cavens non in al quam pretium est, sed in hoc ipsũ condemnatur, perinde ac si nunquã exce de pecunia in loco adjecto oblata vel deposita objecta fuisset: quoniam ea parit absolutionem nisi sub hac conditione, si cautio præstetur. Et videtur cautio ideo necessaria fuisse, ut si reus porro moretur ex ea utpote pure gest biq; actione directa creditor agere possit, quia contra absolutum non solet a prior dari; quamvis non videatur obstare posse hic exceptio judicati, quia se tia absolutoria habet certã causam, qua cessante cessabit exceptio aut replica ne elidetur. Frustra itaq, multa hic disputat Fab. an jussum de cavendo possit ci arbitrium: nam ut maxime ita appellari queat, prorsus tamen diversum est illo arbitrio, ex quo actiones de quibus parte præced. egimus, arbitrariæ appel tur: vel ideo, quod exceptio rei, quæ jussui de cavendo locum facit, actionem bitrariam annullat, & creditorem ad locum ordinarium remitti facit: idque perspicuum est, ut nihil hic sit opus prolixa disputatione Fabri, quod ideo h species actionum, arbitraria dicatur, quoniam tota condemnatio ejusq; mod & quantitas arbitrio judicis permittatur. Cui consequens est, rectè *ab Ant. Fa decad. 90. err. 3.* improbari eorum sententiam, qui in hoc genere actionum ar trariarum formulam ità concipi volunt: *Si apparet reum Capua decem dare opo tere, neque ea pecunia arbitrio tuo salvatur, condemna*, quoniam in ipsa condemn tione hoc est, ut arbitrio judicis debitum æstimatum solvatur: neq; super hc alia sententia vel jussum præcedere debet: nisi ponas ita arbitrari judicem, ut loco debito pecunia solvatur: quod sane fuerit ineptum, quandoquidem ita d scendum esset à judicio instituto, neque actor finem suum consequeretur, cu remedium nullum superfit judici, quo in locum illum ire reum cogat, & in qu fortassis proficisci ipsi creditori molestum sit: & prorsus scopus ille est prætori ut judex datus controversiam illam finiat, non vero novæ controversiæ præbe causam & est hoc ex natura actionis; ut judex utilitatis loci habeat rationem & jure ita posito ut illi volunt, non rectè dixisset. Vlpian. interdum absolvend reum, videlicet propter exceptiones ibi propositas, sed semper expectandu esset, dum reus in loco adjecto satisfaceret. Prorsus cum reus non comparens i loco adjecto necessitatem im[illegible]iuerit creditori, alibi agendi, absurdum sit credi torem iterum ad locum illum remitti. Illud etiam non probo, quod *Ant. Fab decad. 90. err. 4.* hæc verba vult adjici formulæ, *si alibi solutio petatur*: quoniam cum hoc necessario præsupponendum sit in facto, & prætor formulam dans hoc non ignoret, ineptum sit hoc formulæ in individuo agente V. C. Titio, adjungi: neque prætor aut ullus magistratus unquam dedit formulam, qua actori sive creditori alibi expediendi fiat potestas: & constat quod creditor qui alibi experitur, pecuniam cum commemoratione loci, in quo sibi dari stipulatus est, petere debeat, § *plus autem, vers. loco. Inst. h. t.* ex qua commemoratione cum ulmo appareat, alio loco actionem esse institutam, non nisi inepte quis crederit

hoc

hoc necessario formulæ esse inserendum. Et ideo simpliciter hæc formula erit: *si paret Titium decem Capuæ debere, neq; in eo loco pecuniam debito tempore solvisse, iudex ex arbitrio tuo condemna.* III.

Actiones hæ arbitrariæ natura sua origine & causa stricti iuris sunt, & ex huiusmodi obligationibus conventionibusque stricti iuris descendunt, sed eo quod alio loco moventur, novam induunt qualitatem, & arbitrariæ fiunt & dicuntur.

Necessitas ut liceret alio loco agere, proponitur in *l. 1. de eo quod certo loco,* quoniam ex ratione juris lex contractui data per adjectionem loci, mutari non poterat, sed illo ipso loco adjecto necessario agendum erat: itaque reo vel tergiversante vel impedito inutilis reddebatur creditori obligatio, si reus in locum destinatum non veniret: quod cum periniquum esset: alibi agere permittendũ fuit Sed quia plurimum non ratio interest rei in loco destinato potius pecuniã solvi, ex rationibus propositis *in d. § plus autem 34. vers. ita autem h. t.* quam utilitatem reo adimi non minus erat iniquum, ideo non permissum fuit, ita agere alibi, sicut actum fuisset in loco adjecto, ut videlicet reus præcise ad solidum & totum solvendũ urgeretur, sed in minus, & detracto eo quod ipsius interest, in loco destinato pecuniam solvisse, in quo sc. commodius solutionem explicare potuisset d. vers. ideo autem: quamvis ex causa videlicet si reus frustratorie tergiversatus sit etiam habeatur ratio ejus quod interest actoris, cujus interfuit pecuniam destinato loco solutam fuisse: quod etiam locum habere extra casum moræ frustratoriæ, docemur ex *l. 2. in pr. & § ult. de eo quod cert. loc.* quãvis potior causa videatur hic esse rei, quoniam contra legem stipulationis utilitatem loci adimit creditor debitori, cujus præcipue causa locus fuit adjectus. Eaque de caussa necesse sum habuit creditor, ut permitteret rationem æstimandi judici, quantum solvendũ esset, quæ tamen facultas judicis non est libera & nimis laxa, sed nulla alia, quam circa interesse, quam etiam in aliis casibus, ubicunq; reus condemnatur quanti interest actoris, & semper in bonæ fidei judicijs, *§ in bona. 30. I. de act. & l. 7. de eo quod cert. loc.* judici permisũ scimus: ut hic frustra sit Fab. *dec 90. err. 4.* multa differens, quam periculosum sit hoc judicis arbitrio permittere. Ex his autẽ, & quod creditorem cum cõmemoratione loci agere oportebat evincitur necessario, quod ipsa actio prima, quam quis V. C. ex stipulatu sibi quæsivit, sua natura sit stricti juris, & quod ipsa actio ex stipulatu sit in judicium deducenda: quandoquidem hæc ratio juris nostri est ut obligatio eo actio prout primo constituta & nata est, sit in jure apud prætorem proponenda, qui secundũ narrationem & propositionem actoris formulam dabat, & cum ea partes ad judicem pedaneum mittebat. Itaq; in nostris terminis necesse habebat actor exponere prætori quod Titius sibi promiserat centum Ephesi dari, sed quia in locum adjectũ non veniret, cogi se alibi experiri, ita ut propter interesse loci, permittat æstimationẽ & arbitriũ judici an minoris an majoris, & omnino quanti reus sit condemnandus: juxta quã petitionẽ prætor formulã dabat, permissa nominatĩ arbitrio judicis æstimatione, & hoc ipso formulæ inserto, non alias actor causa caderet, & reus juxta naturã stricti juris judiciorũ, objecta exceptione actionis alibi motæ, absolveretur. Quæ sc. perspicue ostẽdũt, unã specie & eãdẽ origine esse actionẽ.

quæ alio loco movetur, sed quæ tantum novam induit qualitatem, diversi actionibus stricti juris, in quibus judex ad certam quantitatem quæ in ob tione fuit, adstringitur. Et istam sententiam, quod una eademque cau specie sit actio, ita confirmo. Si qui alio loco quam adjecto pure petit, u actione ex stipulatu, utique etiam qui alio loco idem debitum saltem commemoratione loci petit, actione eadem utetur: atquin verum est priu go & posterius. Assumtum perspicuum est *ex § plus autem vers. loco Instit. tit.* quoniam non posset cadere caussa, si non eadem actione uteretur. Nec nus aperta est ratio connexi, quod videlicet fieri non potest, ut sola mentio aut qualitas loci, prorsus novam & aliam faciat actionem, & ut actio fiat non stipulatu, quæ tamen talis apud prætorem proposita fuit. Hæc cum ita sin omnibus etiam communissime recepta, mirari licet quid in mentem vene *Ant. Fab. ut 15. conject. c. 2. & decad. 91. err. 5.* actionem alio loco institutam, al omnino à priori & prorsus ex stipulatu esse neget: & ignoscet lector, si pá prolixius hanc rem tractavero, & insignem hominis illius ἀλογίαν & ἀσυλλογι ob oculos posuero. Et ut singula quæ d. c. 2. tractat Fab. examinem, ait in capitis, patere ex capite præcedenti, quod falso vulgo existimetur, ex actioni stricti juris fieri arbitrarias. Sed falsum omnino est quod quidquam tale pro verit Ant. Fab. c. 1. cujus ineptias sub fin. hujus dissertationis in corollario p ponemus. Rationem autem d. c. 2. hanc reddit, quod arbitrariæ actiones ex n la obligatione descendant, sed solum ibi dominetur officium judicis. Hoc falsum & ambiguum esse in jam d. corollario ostendemus; interim falsissim esse dicimus in hac actionum arbitrariarum secunda specie quam hic tract am Ad hanc convertens Faber disputationem suam, errasse ait Interpretes, qui p tant, actionem ex stipulatu per loci adjectionem fieri arbitrariam. Dico in hi modo loquendi latere fallaciam, & hanc Dd. sententiam esse, quod actio fiat a bitraria nō propter loci adjectionem, sed quoniam alio loco movetur, hoc eni est, quod arbitrio & officio judicis facit locum Ant. Fab. si in alio loco agatur ctionem nullo casu aut tempore strictam esse, sed initio statim arbitrariam. Di hic quoque subesse fallaciam homonymiæ: fateor enim suo sensu recte dict quod actio statim ab initio sit arbitraria, quatenus hoc modo proponitur, ut pr pter interesse loci æstimatio & arbitrium judici permittatur: & tamen nihilom nus esse illam ipsam actionem quæ ex stipulatione nascitur, & quæ in loco adj cto instituta stricti juris fuisset, sed in alio loco novam induit qualitatē, manent ead. actionis specie, quæ etiam ut paulo ante dictum talis uti nata fuit, propon da erat apud prætorem, quem dedisse novam & diversam actionem specie, ta falsum quam absurdum est: non minus, quam si quis dicat ex contractu vendi tionis, cum institore celebrato, non actionē ex emto, sed novam plane & diver sam institoriam nasci. Sed addit rationē Fab. quod cum ex ratione juris promis sor alio loco quam adjecto conveniri non possit, consequenter actionē qua mo vetur alio loco, non ex stipulatu, sed prorsus novam & diversam esse. Resp. pror sus ineptam & nullam esse consequentiam, siquidem ut non semel dictum, loc non variat essentiam actionis, sed facit ut nova accedat qualitas: Conatur ampli us confirmare, quod actio arbitraria vocetur utilis, nullam autem utilem actio nem ex stipulatione competere posse. Resp. posterius hoc esse falsum, aut tantū esse verum, quatenus actio ex stipulatu qualitatem suam stricti juris conservat & reti net, secus ubi eam mutat, sub qua consideratione nihil impedit quo minus u tilis

tilis appelletur: quod præsertim actio utilis multis modis dicatur, & quod actio utilis non tam propriam actionem quam qualitatem accidentalem denotet, ut proinde negari amplius possit hæc inter se pugnare, actionem esse utilem, & actionē esse stricti juris: & ineptum est dicere actionē esse utilem arbitrariā, nec ullum tamen nomen & naturam aut essentiam alicuius actiones edere, & tanto ineptius, quod & utilem esse & arbitrariam esse, non novas species constituunt actionum, sed tantum qualitates. Pergit Fab. & quemadmodum, inquit, fieri non potest, ut sit una eademque stipulatio quæ habet locum adiectum, & quæ non habet, quin hæc Anton. Fab. contradictoria sunt) ita nec fieri non potest ut ead. sit actio quæ movetur in loco destinato & quæ alibi. Respond. tum quod omnino ead. sit specie stipulatio, licet non numero eadem, quæ locum adjectum habet, & quæ non habet: tum quod hic non quæratur de duplici stipulatione, sed de unica, quæ locum adjectum habet, quem solum si ei detrahas, falsissimum est, quod nova & diversa existat & fieri incipiat stipulatio: & proinde itidem falsissimum, quod actio in loco alio proposita specie sit diversa ab ea quæ in loco suo proponeretur: prorsus sicut una specie est stipulatio quæ diem habet & quæ non habet, ita quoque circa locum dicimus, & istud argumentum contra Ant. Fab. fortiter retorquemus: nam pariter sicut qui ante diem agit cum periculo agit, & cadit causa, ita qui alio loco pure agit, causa cadit: hoc autem periculum evitat si formulæ arbitrium inseri curat, sicut ille evitabat, si formæ hanc clausulam inseri curasset, *cuius pecuniæ dies venisset*: quod vel solum identitatem hujus actionis vincit: & falsissimum esse probat, quod Anton. Fab. contendit, à diversitate loci talem judici diversitatem, quæ mutet speciem & causam actionis: secundum quæ itidem falsissimum est, quod Faber ait, fieri non posse, ut debitor qui primo ex stipulatu tenebatur, etiam nunc alio loco ex stipulatu conveniatur: & itidem falsissimum, & quo homo febriens nihil insanius somnare possit, quod Faber ait *decad. 84. err. 4.* eum qui promissa sibi pecunia certo loco, agit alibi, eum non male sed frustra & prorsus nulliter agere: quod quidem omni rationi nostri & dicto §. *plus autem in h. t.* ex diametro repugnat. Cæterum Anton. Fab. quod reus non ex stipulatu sed alia actione in alio loco conveniatur, hoc modo probare conatur. Si alio loco conventus aliquando absolvitur, qui loco destinato conventus fuisset condemnatus, ergo necesse est omnino aliam fuisse actionem: atqui verum est prius, ergo & posterius. Assumtum probat ex *l. Quod si. 4. § 1 de eo quod certo loco*, ubi dicitur quod judex interdum absolvat reum, si forte in loco destinato fuerit oblata pecunia vel ex facili solvenda. Respond. 1. Quod illa prior argumenti pars, reum in loco destinato conventum esse condemnandum, falsa sit ex hypothesi Fabri, qua admittit liberatum esse eum qui pecuniam obtulit vel deposuit, qui adeo ut maxime in loco destituto conveniatur, absolvendus erit. 2. ab eo quod interdum contingit, ut loquitur *Vlpian. in d. l. 4.* inepte concludi universale. 3. totam consequentiam esse ineptam, ut si quandoque alio loco conventus reus absolvitur, propterea alia sit actio quæ in alio loco movetur: quoniam non est absolutio totalis & ab obligatione principali, sed tantum ne statim & in isto loco solvere teneatur, & potius remissio ad illum locum in quem primo collata fuit solutio: & ideo inepte infertur: si judex remitti reum vel actorem ad locum alium, quam scilicet facultatem judici qualitas adjecta permittit: ergo prorsus nova fuit actio: quin potius contra, ergo non est nova plane actio: quoniam si esset ex alia obligatione, non

ex stipulatione, ut vult Fab. judex illius obligationis primæ non posset habere rationem, eamq; alio loco exercendam remittere, sed necessario ex illa nova judicaret. Accedit quod juxta d. l. 4 judex ita absolvit, ut tamen cautionē exigat à reo, de pecunia alibi solvenda: quæ res evidentissime ostendit, illam ipsam obligationem primam in judicium deductam fuisse: nam cur Ant. Fab. illud de cautione præstanda Triboniano adscribit, nimis ineptū est, & ineptæ prorsus rationes quibus movetur: nam 1. ita argumentatur. Qui cogitur præstare cautionē condemnatur: atquin reus admissis illis verbis cogitur præstare cautionem: Ergo condemnatur. Cum autem conclusio absurda videatur, ut idem absolvatur & condemnetur: major autem probetur ex *l. in omnibus 41. de iud.* ubi dicitur qui condemnari ad interponendam cautionem, consequenter necessario falsa videbitur minor, & ita delenda erunt verba illa, quæ cautionem præstari volunt. Sed ineptus homo perpetuo labitur ignorantia Logices: etenim 1. Vlpianus in *d. l. 4.* intelligit non finalem absolutionem & perpetuam, sed tantum in loco ubi mota est actio, & agit de absolutione: ab eo quod principaliter est in obligatione, cum qua nihil absurdi est concurrere condemnationem circa aliud plane diversum, cui in l. 41. de judiciis, verbum condemnationis paulo laxius sumtū applicatur. Deinde manifestum consequentiæ vitium est: *si in d. l. 41.* condemnari dicitur cui imponitur præstatio cautionis, (quod ideo fit, quoniam ibi super interponenda cautione separatim officium nobile judicis imploratum fuit) ergo ubique ita verbum hoc usurpatur, aut, ergo ubiq; pro condemnatione est: vitiosam hanc esse illationem, ostenditur aperte tum ex §. *si ad. 3. in fin. l. de offi. iud. juncta l. si post, 18. cum l. seq. de rei vind.* ubi quis & condemnatur & nihilominus cautionem præstare cogitur, tum apertius ex *l. si à bona. 21. de rei vind* ubi idem & absolvitur & super alio cautionem præstat. Altera ratio Fab. est, quod eo utique casu quo debitor obtulit & deposuit pecuniam in loco destinato, iniquum sit eum cogi præstare cautionem, quoniam tum sit liberatus Resp. vel quod hoc posterius dubium sit, de quo alibi agitur: vel quod sufficiat si alij casus admittant cautionem: vel quod si ponamus omnino liberatum reum, eum nec in loco quidem adjecto amplius conveniri posse, & si conveniatur absolvendum esse: atque ita contra Fabrum necessario effici, quod ē ad. actio in judicium fuerit deducta. Quod autem tertio loco Fab. contra illa verba *d. l. 4.* de præstanda cautione movet, etiamsi ponamus debitorem adhuc esse obligatum, tamen non æquum esse ut gravetur cautionę, quoniam imputare sibi debeat creditor, quod loco destinato non acceperit obligatam pecuniam, neque propter contumaciā aut moram creditoris debere fieri deteriorem causam rei, quæ præsertim forte eo loco quo convenitur, non possit reperire amicos, qui pro ipso fidejubeant: hoc prorsus ridiculum est: insufficiens enumeratio, quoniam Vlpianus ponit etiam casum pecuniæ alibi ex facili solvendæ: item quia potest creditor ex causa justa vel probabili recusasse pecuniam, quæ fortassis non eo quo debuit modo & forma, aut non tota oblata fuit, cujusmodi plura in facto occurrere possunt: item quia non est una tantū species cautionis, & si reus non poterit cavere fidejussoribus, admittenda erit cautio pignoratitia, vel etiam nuda repromissio: deniq; quod unicum sufficit contra cavillationes istas Fabri non imponitur judici necessitas in d. l. 4 ut præcise semper exigat cautionem, sed hoc ipsius officio permittitur, nec quisquam negabit ex justa causa necessitate præstandi cautionem reum liberari debere: & vitiosissima consequentia est: aliquando reus ita debet ab-

absolvi, ut nec caveat quidem, ergo semper ita debet absolvi, & nunquam onere praestandae cautionis gravari.

Ex his apparet, quam inepte *Fab. indict. leg. 4.* arguat manum Triboniani: & magis inepte ibid. scribat verba Vlpiani in *d. l. cum sit arbitraria*, ita esse accipienda, perinde atque si adjectum esset, *non ex stipulatu, licet ex stipulatione primum fuisset obligatus, quia iam alio loco convenitur*: est enim ista jejunissima petitio principii: cujusmodi & in his verbis quae mox subijcit, *ut hinc intelligamus, quantum intersit, an agatur actione ex stipulatu, an arbitraria, neque actionem ex stipulatu arbitrariam dici posse ullo casu, neque actionem arbitrariam ullo modo posse esse ex stipulatu*: hoc enim omni modo falsum esse, jam satis probavimus: quamvis libenter fateamur, juxta praedicta non parum interesse propter novam qualitatem, an pura, an arbitraria actione quis experiatur. Sed quaerat aliquis ex Fabro, unde nam ista actio arbitraria descendat, siquidem non est ex obligatione priori V.C. ex stipulatu: quoniam omnis actio in personam requirit aliquam causam praecedentem. Huic quaestioni respondere videtur Anton. Fab. dum scribit, hanc actionem non prius esse natam, nisi ubi alio loco reperitur, qui certo loco se soluturum promiserat. Hoc verum monstrum est, ut locus solus & in eo facta deprehensio rei sit sufficiens causa actionis, quae rursus non agente fortassis creditore, evanescat, & toties quoties reus in alium locum pervenerit & non conventus decesserit, nascatur & extinguatur. Hoc certe nihil ineptius dici aut fingi posse videtur: & si haec esset actionis caussa, fieri non posset, ut consumeret obligationem primam ex stipulatu, & hanc tamen consumi certissimum est, si reus alio loco conventus solverit, nec ullam amplius actionem in loco adjecto contra ipsum superesse: sed & aeque certum est, obligationem & actionem aliquam, per aliam specie & omnino diversam actionem, non consumi: ita autem scribit Anton. Fab. quod actio arbitraria sit alia & prorsus dissimilis ab actione ex stipulatu, nec numero tantum, sed & specie causa & origine sit diversa. Quae quidem opinio adeo falsa & absurda est, ut aliam refutationem non mereatur: sicut valde scilicet facetum & suave quod statim addit, ubi deficit actio ex stipulatu, ibi incipere arbitrariam, & vice versa: cum praesertim fieri nequeat, ut corruptio & finis unius actionis sit caussa efficiens alterius prorsus distinctae. Sed pergit Fab confirmare thesin suam, quod omnino nova sit actio, hac quoque ratione, quod haec actio, prae caeteris per emphasin arbitraria dicatur. Sed nulla prorsus connexio est, vel ideo, quod juxta praedicta diverso plane sensu arbitrariae dicuntur actiones de quibus in priore parte egimus, ut proinde haec actio non rectè dicatur per emphasin arbitraria respectu earum, quae hoc sensu arbitrariae non sunt. Illud autem falsum & petitionem habet principij, quod haec actio non habeat nomen: quia omnino dicimus esse ipsam actionem obligationis contractae, sed cum nova qualitate: ideoque haec quoque ratio Fabri nihil concludit, quod arbitraria etiam contra eum competat, qui ex mutuo vel testamento est obligatus: etenim hinc descendunt propriae actiones, sed quae commun[illegible] habent qualitatem novam, ob id quod alio loco moventur: itaque falsum est quod eadem sit species actionis arbitrariae, quae ex diversis illis causis competit, licet qualitas nova eadem specie sit: & quod dicitur actio ex testamento, ex mutuo vel ex stipulatu, arguit quod actio arbitraria denotat tantum adjectam qualitatem: utique enim perabsurdum sit actionem arbitrariam, qua peto quod ex testamento debetur,

eandem

di servum, & hæc electio & potestas servum dedendi non fit ex arbitrio iudicis, ut in actionibus cæteris arbitrariis, sed ex l. veluti hæc probantur *in l.6.§.1.de re iudic.* ex qua hæc differt Anton. Fab. d.loc. verum ille non primus, sed ante eum jam olim Doctores viderunt hanc difficultatem, & inter eos Iohan.Fab. qui ad §. nostrum hoc ipsum movet, quod noxæ deditio sit in electione rei, & supersit etiam post sententiam, neque possit iudex ita jubere, ut noxæ servus dedatur, & eo non facto præcise ad solidam æstimationem damni condemnare. Iason.ex mente Iohan.Fabr. respondet hoc sensu actiones noxales dici arbitrarias, quod possit judex interrogare reum, an velit noxæ dare servum nec ne, quod si facturum se respondeat reus, posse tum iudicem præcipere ut noxæ dedat, & si non pareat condemnare tantum in æstimationem. Sed hæc explicatio dubia fit 1.quia non videtur ex interrogatione judicis, & responsione rei posse demum existere & nasci arbitrium, sed hoc debet inesse ex natura actionis. 2. Quia non videtur reus ob istam interrogationem amittere facultatem dedendi noxæ, quam habet ex lege, aut judex hoc modo eam reo adimere: nam 3 alias iudex ita interrogando omnes pene actiones posset facere arbitrarias: sed & 4. totum istud de interrogando reo videtur esse commentum, neque textibus juris probari: quamvis ea videatur esse communior explicatio Dd. qui aliter se hinc exticare non potuerint, veluti supra retulimus hanc speciem à Dd. constitui arbitrariarum actionum, quod quædam tales sint propter officium iudicis quod vertitur in interrogando conventum, an quid solvere vel r nec ne. Accurs.tamen in §. nostro, in verbo, *naturam*, alio modo removere conatur hanc difficultatem, quod hæ actiones dicantur arbitrariæ non ratione arbitrii quod interveniat circa quantitatem, sed circa qualitatem, videlicet quod iudex arbitretur an condemnari debeat dominus in solidum, an ad noxæ deditionem illud: si servus deliquerit sciente domino, hoc si ignorante. Sed hanc opinionem recte improbat post Iohan.Fab. Ias. & communius improbari ait: quoniam hoc non ab arbitrio iudicis, sed ab intentione actoris & probationibus dependet, *argum.l.4 §.ultim de noxal.act.* & utcunque non arguatur ab actore scientia domini, tamen condemnatio est alternativa, & si actor scientiam domini arguit, ad dandum noxæ iudex condemnare non potest, quin tum non noxalis sed pura est actio. Sed nec verba Iustin.in §.nostro, hanc explicationem patiuntur quæ docent hoc sensu actionem noxalem esse arbitrariam ut reus si servum noxæ non dedat, condemnetur. Ant.Fab. *decad.92.err.6.* nodum quem solvere non potest suo more secat, & hoc adscribit imperitiæ Triboniani, qui actiones noxales retulerit inter arbitrarias: & idem c.seq. disputat contra eos qui Iustinianum ita accipiunt quasi tum demum actiones noxales voluerit esse arbitrarias, ubi principalis actio talis est, veluti si servus dolo vel metu quid extorserit. Contra quam opinionem frigide ab Anton.Fab.refutatum illud facit, quod ita Iustin. parum subtiliter has actiones ab aliis, & nominatim ab actione doli & metus separasset, quæ tantum harum essent accessiones: itemque facit, quod aut dominus non habet rem quam servus metu extorsit, & tum actio sapit cuiuscunque alterius actionis noxalis naturam: aut vero eam tenet, & tum instar cuiuscunque tertii possessoris poterit conveniri. Forte videri possint actiones noxales relatæ hoc §. sub arbitrarias, propter istam similitudinem: quod in illis quoque videtur esse duplex cōdemnatio: & quod præcipuū est, noxæ deditio sola est in petitione, & aliquid amplius in cōdemnatione, utiq; pura noxæ petitio non est, quæ sentētia est *d l.6.§.1.de re iud.*

re iudic quod nullum sit judicium solius noxæ deditionis, id est, cui non simul insit ex natura actionis, facultas præstandi æstimationem, si dominus malit retinere servum: male autem ea verba ita accipit Fab. quod in petitione plane nō veniat noxæ deditio. Et recte dicemus, ita fuisse conceptam formulam: *si paret servum noxam commisisse, nec ille noxa delatur, iudex cōdemna*: Sed ut tamen noxæ dedere, simul adiiceretur sentētiæ, vel ex jure pro adjecto haberetur, & ita utrique in aliud quam in priore parte formulæ continebatur, condemnatio simul fieret, nimirum in æstimationem damni: idque hoc singulari effectu, quod pro æstimatione illa agebatur judicati eoque si ante litem ex ea actione contestatam nō fuisset traditus servus, solida æstimatio præstanda erat. Multa videlicet nos fugiunt ex veteribus actionum formulis, ut propterea non temere judicare, sed in alterutram partem calculum, & assensum sustinere & inhibere debeamus. Porrò quod noxæ deditio fuerit in petitione, quod impudenter negat Fab. perspicue satis probatur *ex l. 4. §. ult. de noxal. act.* ubi proponitur actum cum noxæ deditione; & inepta est replicatio Fabri, aliud esse agere cum noxæ deditione, aliud petere ut noxæ dedatur servus: quoniam imo non potest fieri ut non petat servum noxæ dari, qui agit cum noxæ deditione: & oppositio quæ est in *d. §. ult.* manifeste hoc commentum refellit, qua quæritur, an actor qui arguit scientiam domini, & ita pure instituit actionem, possit post acceptum judicium ad noxalē causam transire: quod nihil aliud est, quam petere ut noxæ dedatur servus, & ita facultas hæc permittatur reo servū dedendi, quam adimit reo, qui simpliciter arguens scientiam domini, damni æstimationem petit. Hoc quoque rationis summæ & manifestæ est, ut reus qui noxæ dedit servum, absolvatur vel dimittatur, quod rursus ineptissime negat Ant. Fab. contendens omnino necessariam esse condēnationem, ut noxæ deditio sequi possit adducta *d. l. 6 §. 1. de re iud.* ubi dicitur quod noxæ deditio sequatur pecuniariam condemnationem. Sed scilicet istud minime generale est, verum ad eum tantum casum pertinet, quo reus passus est se condemnari: idque ideo in specie videtur annotasse Vlp. ut ostenderet propriam esse rationem huius actionis, in qua etiam post sententiam reus aliud solvere possit: nam cum noxæ deditio ex lege etiam post rem judicatam superesse dicatur, probabile est, non fuisse necessarium, ut in sententia fieret mentio expresse noxæ deditionis, sed quod judex potuerit condemnare in solam damni æstimationē. Neq; vero sententiam Fabri, quod necessario condemnatio præcedere debeat noxæ deditionem, quicquam juvat *l. non sol. 29. de nox. act.* ubi dicitur posse quidem quem recusare, ne judicium noxale suspiciat, sed hunc debere omne ius suū transferre in actorem, perinde ac si damnatus esset. Etenim diversissimæ sunt solvere eum qui condemnatus est, & solvere hoc effectu perinde ac si damnatus esset, id est solvere tantundem, ac soluisset, si vere cōdemnatus fuisset: quod omnis reus facere tenetur, qui post litem contestatam vult evitare condemnationem: & perridiculum sit dicere, quod ideo condemnatio debeat præcedere solutionem. Quin nec tacita quidem condemnatio ex *d. l. 29.* de noxalib. actionibus probatur, sed hoc tantum, quod reus debeat transferre omne ius suū, non minus quam si id facere condemnatus fuisset. Quod fortassis ideo adjecit JCtus, quia sententia pro titulo est, nec satis consultum videatur actori simpliciter servum à reo dimissum accipere, nisi color aliquis tituli introducatur: verum si reus servum mancipet actori, si in jure cedat, utiq; liberabitur reus, nec colore ullo sententiæ hic erit opus.

Ait

XVIII.

Ait Iustin. in §. nostro: *in his enim actionibus & aliis similibus &c.* Quibus verbis innuit alias adhuc esse actiones arbitrarias præter eas quas nominatim enumeravit: ex quarum numero videtur esse actio ædilitia, (*a*) non vero actio ex eod. edicto in factum. (*b*)

(*a*) Convenit enim hic natura actionum arbitrariarum, ut præcedat iussum de recipiendo servum & solvendo pretio eoque non facto condemnatio sequatur in duplum *l. redhibitoria. 45 de ædilit. edict.* iam enim supra diximus, si arbitrio non pareatur, condemnationem fieri in aliud, nimirum vel in æstimationem iuratam vel in pœnam in specie dictam: sed possit videri scrupulum hic movere quod dicitur *in d. l. 45.* si reus restituat in simplum condemnari: ut adeo non videatur præcessisse iussum, quoniam ubi reus iuxta iussum restituit, & arbitrio paret, non condemnationi, sed potius absolutioni locus esse debet: Sed Iurisconsultus in *d. l. 45.* non ait, quod reus condemnetur, sed quod videatur condemnari si restituat: quod explicandum est ex superioribus, quod ubi reus paret, & ita ulterius non proceditur, iussum & arbitrium resolvatur in sententiam & quasi finalem condemnationem: quod adeo accidit etiam in hac actione redhibitoria, ut reus censeatur simpli condemnatus, si arbitrio iudicis paruerit: idque ostendit evidenter contra Anton. Fab. quod iussum iudicis in terminis iam positis sit pro condemnatione. Sed ne quid dissimulem amplius movet hic scrupulum, quod cum actio redhibitoria dicatur contineri iudicio empti. *l. 11. §. 3. de act. empt.* eoque nec dubitandum quin ea bonæ fidei actio sit, nulla tamen actio bonæ fidei est arbitraria: & proinde iuxta superius tradita, arbitrium hic non formulæ inseri, sed ipsi actioni inesse censendum erit, iuxta cuius naturam scilicet reus restituere debeat, & si non faciat condemnationem in duplum exspectare: cui explicationi verba *d. l. 45. de ædil. ed.* commode applicari possunt & debent. *b.*) Ant. Fab. contendit *decad. 94. err. 6.* quod etiam arbitraria sit actio, qua emptor qui rem vitiosam redhibuit, repetit pretium nondum sibi restitutum, iuxta *l quod si nolit. 31. §. in factum. 17. de ædil ed.* hac adducta ratione, quod sicut in actione redhibitoria prius pronuncietur, servum esse redhibendum, ita in hac pronunciatur, servum esse redhibitũ. Sed turpis error est, & ridicula decidendi ratio: non tantum quod illic putat pronunciari seorsim servum esse redhibendum, inde sequi arbitrium de redhibendo, quod supra refutavimus: sed magis quod in actione hac in factum putat pronunciari de prætorio, quod servus sit redhibitus, & hinc existimat actionem eam esse arbitrariam; siquidem constat ei fini præcedere arbitrium, ut si ei non pareatur, condemnatio in aliud sequatur, & hac de causa actiones arbitrariæ appellantur, ut absurdissimum sit credere, hac in te pro tali arbitrio haberi posse pronunciationem super præterito: neque unquam iudex aliquid iubere posse dicitur, quod iam factum est. Et cum adeo in hac actione una sit & simplex condemnatio de restituendo pretio, consequitur istam actionem arbitrariam esse non posse.

XIX.

Arbitrariæ quoque actiones videntur esse confessoria & nega-

negatoria (*a*) actio finium regundorum (*b*) Calvisiana & Pauliana. (*c*)

(*a*) Videtur hoc bene probari ex *l. harum. 7. inf. si servi. vindic.* ex qua apparet praecedere 1. jussum judicis de cavendo, quae cautio est loco restitutionis in quibusdam servitutibus: cui jussui si non pareatur, sequatur condemnatio, quanti actor in litem juraverit: & sunt istae actiones in rem, quae in dubio arbitrariae esse intelliguntur: & hanc sententiam confirmat pluribus *Ant. Fab. decad. 94. err. 6.*

(*b*) Hoc itidem pluribus adstruit *Ant. F. dec. 94. err. 1 & 2.* quamvis ipso hoc videatur particulariter tantum affirmare, quod aliquando sit arbitrio opus, & est sane specialis casus in *l. 4. §. 3. fin. regund.* & quod urget ex *§. pen. in fin Inst de offic. iud* ob contumaciam condemnari eum, qui fines metiri passus non est, nec necessario infert speciale arbitriū, & parum ponderis habet prolatum ab Ant. F. cui ubi visum est, Tribonianus imperitissimus juris habetur: & potest ille textus accipi de mulcta quae dicta est contumaci: *& in l. 3. C. fin. regund.* constitutū est, ut etiam altera parte absente judex controversiam finium dirimere possit: neque enim moror quae Ant. Fab. frigide & jejune contra *d. l. 3* disputat. Et tamē in eam sententiam, quod actio fin. regund. arbitraria sit vel ideo proclivior sum, quod ea imitatur in plerisq; rei vindicationem, ut alibi ostendimus.

(*c*) Hoc quoq; pluribus tractat *Fab. decad. 93. err. 5. & 6.* ubi tamen multa aliena immiscet, quae hic examinare non libet, quod praesertim in tractanda hac specie actionum arbitrariarum satis alias prolixe fuerimus.

ALTERA PARS DISPUTATIONIS SIVE DISCURSUS: DE ACTIONIBUS ARBITRARIIS.

Thesis I.

Diximus de una specie actionum arbitrariarum, ita dictarum, quod arbitrium iudicis praecedat condemnationem. Sequitur altera earum, in quibus tantum una fertur sententia, & ideo dicuntur arbitrariae, quoniam quantum praestandum sit propter interesse loci, arbitrio iudicis definiendum permittitur.

IN bonae fidei judicijs ex arbitrio judicis satis fit actori *§. in bona 30. Inst. h t.* & illae adeo ista respectu quodammodo arbitrariae dici possunt. Sed ut in parte priori diximus, actiones bonae fidei quarum naturae facultas illa arbitrandi inest, arbitrariae dici non solent, sed hae, in quibus necessario arbitrij mentio facienda est: quod contingit in utraque specie harum actionum, sed non eod. modo & fine: In altera, ut judex jubeat prius aliquid fieri, & nisi fiat condemnet: in altera, ut judex aestimet finaliter, quantum creditori ex debito sit solvendum, propter interesse loci, ob quod augetur vel minuitur condemnatio, pro ut alterutrius interest, in loco adjecto potius pecuniam solutam fuisse: idque citra aliquod jus ū

 prae-

præcedens facit judex una sententia: quod etiam probat *Ant. Fab. dec. 90. err. 2.* ubi contra istud levissimas quasdam movet objectiones: & 1. quod judex videatur prius jubere reum solvere quantitatem debitam detracto eo, quod alterius interest, & postea super hoc novam sententiam ferre. Etenim illa inepta fuerit sententia & nullius effectus, siquidem illud ipsum, ut solvatur pecunia detracto eo & æstimato, quantum alterius interest, in finali sententia esse debet. 2. Quod argumento *l. 4. §. 1. de eo quod certo loco*, videatur præcedere debere arbitrium de cavendo. Etenim hoc tantum particulare est, & reus non cavens non in aliud quam pretium est, sed in hoc ipsũ condemnatur, perinde ac si nunquã exceptio de pecunia in loco adjecto oblata vel deposita objecta fuisset: quoniam ea non parit absolutionem nisi sub hac conditione, si cautio præstetur. Et videtur illa cautio ideo necessaria fuisse, ut si reus porro moretur ex ea utpote pure gesta ubiq; actione directa creditor agere possit, quia contra absolutum non solet actio prior dari: quamvis non videatur obstare posse hic exceptio judicati, quia sententia absolutoria habet certã causam, qua cessante cessabit exceptio aut replicatione elidetur. Frustra itaq, multa hic disputat Fab. an jussum de cavendo possit dici arbitrium: nam ut maxime ita appellari queat, prorsus tamen diversum est ab illo arbitrio, ex quo actiones de quibus parte præced. egimus, arbitrariæ appellãtur: vel ideo, quod exceptio rei, quæ jussui de cavendo locum facit, actionem arbitrariam annullat, & creditorem ad locum ordinarium remitti facit: idque ita perspicuum est, ut nihil hic sit opus prolixa disputatione Fabri, quod ideo hæc species actionum, arbitraria dicatur, quoniam tota condemnatio ejusq; modus & quantitas arbitrio judicis permittatur. Cui consequens est, rectè *ab Ant. Fab. decad. 90. err. 3.* improbari eorum sententiam, qui in hoc genere actionum arbitrariarum formulam ita concipi volunt: *Si apparet reum Capua decem dare oportere, neque ea pecunia arbitrio tuo salvatur, condemna*, quoniam in ipsa condemnatione hoc est, ut arbitrio judicis debitum æstimatum solvatur: neq; super hoc alia sententia vel jussum præcedere debet: nisi ponas ita arbitrari judicem, ut in loco debito pecunia solvatur: quod sane fuerit ineptum, quandoquidem ita discendum esset à judicio instituto, neque actor finem suum consequeretur, cum remedium nullum supersit judici, quo in locum illum ire reum cogat, & in quẽ fortassis proficisci ipsi creditori molestum sit: & prorsus scopus ille est prætoris ut judex datus controversiam illam finiat, non vero novæ controversiæ præbeat causam & est hoc ex natura actionis; ut judex utilitatis loci habeat rationem: & jure ita posito ut illi volunt, non rectè dixisset. Vlpian. interdum absolvendi reum, videlicet propter exceptiones ibi propositas, sed semper expectandum esset, dum reus in loco adjecto satisfaceret. Prorsus cum reus non comparens in loco adjecto necessitatem imposuerit creditori, alibi agendi, absurdum sit creditorem iterum ad locum illum remitti. Illud etiam non probo, quod *Ant. Fab. decad. 90. err. 4.* hæc verba vult adijci formulæ, *si alibi solutio petatur*: quoniam cum hoc necessario præsupponendum sit in facto, & prætor formulam dans hoc non ignoret, ineptum sit hoc formulæ in individuo agente V. C. Titio, adjungi: neque prætor aut ullus magistratus unquam dedit formulam, qua actori si vi creditori alibi expediendi fiat potestas: & constat quod creditor qui alibi experitur, pecuniam cum commemoratione loci, in quo sibi dari stipulatus est petere debeat, § *plus autem, vers. loco. Inst. h. t.* ex qua commemoratione cum ultro appareat, alio loco actionem esse institutam, non nisi inepte quis crederit

ho

hoc necessario formulæ esse inserendum. Et ideo simpliciter hæc formula erit: *si pares Titium decem Capua debere, neq; in eo loco pecuniam debito tempore solvisse, iudex ex arbitrio tuo condemna.* III.

Actiones hæ arbitrariæ natura sua origine & causa stricti iuris sunt, & ex huiusmodi obligationibus conventionibusque stricti iuris descendunt, sed eo quod alio loco moventur, novam induunt qualitatem, & arbitrariæ fiunt & dicuntur.

Necessitas ut liceret alio loco agere, proponitur in *l. 1. de eo quod certo loco*, quoniam ex ratione juris lex contractui data per adjectionem loci, mutari non poterat, sed illo ipso loco adjecto necessario agendum erat: itaque reo vel tergiversante vel impedito inutilis reddebatur creditori obligatio, si reus in locum destinatum non veniret: quod cum periniquum esset: alibi agere permittendũ fuit Sed quia plurimum non ratio interest rei in loco destinato potius pecuniã solvi, ex rationibus propositis *in d. § plus autem 34. vers. ita autem h. t.* quam utilitatem reo adimi non minus erat iniquum, ideo non permissum fuit, ita agere alibi, sicut actum fuisset in loco adjecto, ut videlicet reus præcise ad solidum & totum solvendũ urgeretur, sed in minus, & detracto eo quod ipsius interest, in loco destinato pecuniam solvisse, in quo sc. commodius solutionem explicare potuisset d. vers. ideo autem: quamvis ex causa videlicet si reus frustratorie tergiversatus sit etiam habeatur ratio ejus quod interest actoris, cujus interfuit pecuniam destinato loco solutam fuisse: quod etiam locum habere extra casum moræ frustratoriæ, docemur ex *l. 2. in pr. & § . ult. de eo quod cert. loc.* quãvis potior causa videatur hic esse rei, quoniam contra legem stipulationis utilitatem loci adimit creditor debitori, cujus præcipue causa locus fuit adjectus. Eaque de caussa necessum habuit creditor, ut permitteret rationem æstimandi judici, quantum solvendũ esset, quæ tamen facultas judicis non est libera & nimis laxa, sed nulla alia, quam circa interesse, quam etiam in aliis casibus, ubicunq; reus condemnatur quanti interest actoris, & semper in bonæ fidei judicijs, *§. in bona. 30. I. de act. & l. 7. de eo quod cert. loc.* judici permissũ scimus: ut hic frustra sit Fab. *dec 90. err. 4.* multa differens, quam periculosum sit hoc judicis arbitrio permittere. Ex his autẽ, & quod creditorem cum commemoratione loci agere oportebat evincitur necessario, quod ipsa actio prima, quam quis V. C. ex stipulatu sibi quæsivit, sua natura sit stricti juris, & quod ipsa actio ex stipulatu sit in judicium deducenda: quandoquidem hæc ratio juris nostri est ut obligatio eo actio prout primo constituta & nata est, sit in jure apud prætorem proponenda, qui secundũ narrationem & propositionem actoris formulam dabat, & cum ea partes ad judicem pedaneum mittebat. Itaq; in nostris terminis necesse habebat actor exponere prætori quod Titius sibi promiserat centum Ephesi dari, sed quia in locum adjectũ non veniret, cogi se alibi experiri, ita ut propter interesse loci, permittat æstimationẽ & arbitriũ judici an minoris an majoris, & omnino quanti reus sit condemnandus: juxta quã petitionẽ prætor formulã dabat, permissa nominatĩ arbitrio judicis æstimatione, & hoc ipso formulæ inserto, non alias actor causa caderet, & reus juxta naturã stricti juris judiciorũ, objecta exceptione actionis alibi motæ, absolveretur. Quæ sc. perspicue ostẽdũt, unã specie & eãdẽ origine esse actionẽ,

tilis appelletur: quod præsertim actio utilis multis modis dicatur, & quod actio utilis non tam propriam actionem quam qualitatem accidentalem denotet, ut proinde negari amplius possit hæc inter se pugnare, actionem esse utilem, & actionē esse stricti juris: & ineptum est dicere actionē esse utilem arbitrariā, nec ullum tamen nomen & naturam aut essentiam alicuius actiones edere, & tanto ineptius, quod & utilem esse & arbitrariam esse, non novas species constituunt actionum, sed tantum qualitates. Pergit Fab. & quemadmodum, inquit, fieri non potest, ut sit una eademque stipulatio quæ habet locum adiectum, & quæ non habet, quin hæc Anton. Fab. contradictoria sunt) ita nec fieri non potest ut ead. sit actio quæ movetur in loco destinato & quæ alibi. Respond. tum quod omnino ead. sit specie stipulatio, licet non numero eadem, quæ locum adjectum habet, & quæ non habet: tum quod hic non quæratur de duplici stipulatione, sed de unica, quæ locum adjectum habet, quem solum si ei detrahas, falsissimum est, quod nova & diversa existat & fieri incipiat stipulatio: & proinde itidem falsissimum, quod actio in loco alio proposita specie sit diversa ab ea quæ in loco suo proponeretur: prorsus sicut una specie est stipulatio quæ diem habet & quæ non habet, ita quoque circa locum dicimus, & istud argumentum contra Ant. Fab. fortiter retorquemus: nam pariter sicut qui ante diem agit cum periculo agit, & cadit causa, ita qui alio loco pure agit, causa cadit: hoc autem periculum evitat si formulæ arbitrium inseri curat, sicut ille evitabat, si formæ hanc clausulam inseri curasset, *cuius pecunia dies venisset*: quod vel solum identitatem hujus actionis vincit: & falsissimum esse probat, quod Anton. Fab. contendit, à diversitate loci talem judici diversitatem, quæ mutet speciem & causam actionis: secundum quæ itidem falsissimum est, quod Faber ait, fieri non posse, ut debitor qui primo ex stipulatu tenebatur, etiam nunc alio loco ex stipulatu conveniatur: & itidem falsissimum, & quo homo febriens nihil insanius somnare possit, quod Faber ait *decad. 84. err. 4.* eum qui promissa sibi pecunia certo loco, agit alibi, eum non male sed frustra & prorsus nulliter agere: quod quidem omni rationi nostri & dicto §. *plus autem in h. t.* ex diametro repugnat. Cæterum Anton. Fab. quod reus non ex stipulatu sed alia actione in alio loco conveniatur, hoc modo probare conatur. Si alio loco conventus aliquando absolvitur, qui loco destinato conventus fuisset condemnatus, ergo necesse est omnino aliam fuisse actionem: atqui verum est prius, ergo & posterius. Assumtum probat ex *l. Quod si. 4. § 1 de eo quod certo loco*, ubi dicitur quod judex interdum absolvat reum, si forte in loco destinato fuerit oblata pecunia vel ex facili solvenda. Respond. 1. Quod illa prior argumenti pars, reum in loco destinato conventum esse condemnandum, falsa sit ex hypothesi Fabri, qua admittit liberatum esse eum qui pecuniam obtulit vel deposuit, qui adeo ut maxime in loco destituto conveniatur, absolvendus erit. 2. ab eo quod interdum contingit, ut loquitur *Vlpian. in d. l. 4.* inepte concludi universale. 3. totam consequentiam esse ineptam, ut si quandoque alio loco conventus reus absolvitur, propterea alia sit actio quæ in alio loco movetur: quoniam non est absolutio totalis & ab obligatione principali, sed tantum ne statim & in isto loco solvere teneatur, & potius remissio ad illum locum in quem primo collata fuit solutio: & ideo inepte infertur: si judex remitti reum vel actorem ad locum alium, quam scilicet facultatem judici qualitas adjecta permittit: ergo prorsus nova fuit actio: quin potius contra, ergo non est nova plane actio: quoniam si esset ex alia obligatione, non

ex stipulatione, ut vult Fab. judex illius obligationis primæ non posset hab rationem, eamq; alio loco exercendam remittere, sed necessario ex illa nova dicaret. Accedit quod juxta d.l.4 judex ita absolvit, ut tamen cautionē exiga reo, de pecunia alibi solvenda: quæ res evidentissime ostendit, illam ipsam ol gationem primam in judicium deductam fuisse: nam cur Ant. Fab. illud de ca tione præstanda Triboniano adscribit, nimis ineptū est, & ineptæ prorsus rat nes quibus movetur: nam 1. ita argumentatur. Qui cogitur præstare caution condemnatur: atqui reus admissis illis verbis cogitur præstare cautionem: I go condemnatur. Cum autem conclusio absurda videatur, ut idem absolvatu condemnetur major autem probetur ex *l. in omnibus 41. de iud.* ubi dicitur q condemnari ad interponendam cautionem, consequenter necessario falsa vic bitur minor, & ita delenda erunt verba illa; quæ cautionem præstari volui Sed ineptus homo perpetuo labitur ignorantia Logices: etenim 1. Vlpianu *d.l.4.* intelligit non finalem absolutionem & perpetuam, sed tantum in loco mota est actio, & agit de absolutione: ab eo quod principaliter est in obligatio cum qua nihil absurdi est concurrere condemnationem circa aliud plane versum, cui in l.41. de judiciis, verbum condemnationis paulo laxius sumtū a plicatur. Deinde manifestum consequentiæ vitium est: *si in d l.41.* condemn dicitur cui imponitur præstatio cautionis, (quod ideo fit, quoniam ibi super terponenda cautione separatim officium nobile judicis imploratum fuit) e ubique ita verbum hoc usurpatur, aut, ergo ubiq; pro condemnatione est: viti sam hanc esse illationem, ostenditur aperte tum ex §. *si ad.3. in fin. l. de offi.* i *juncta l. si post. 18. cum l. seq de rei vind.* ubi quis & condemnatur & nihilomi cautionem præstare cogitur, tum apertius ex *l. si à bona. 21. de rei vind.* ubi idem absolvitur & super alio cautionem præstat. Altera ratio Fab. est, quod eo utiq casu quo debitor obtulit & deposuit pecuniam in loco destinato, iniquum eum cogi præstare cautionem, quoniam tum sit liberatus Resp. vel quod h posterius dubium sit, de quo alibi agitur: vel quod sufficiat si alij casus adn tant cautionem: vel quod si ponamus omnino liberatum reum, eum nec in lo quidem adjecto amplius conveniri posse, & si conveniatur absolvendum es atque ita contra Fabrum necessario effici, quod ead. actio in judicium fuerit ducta. Quod autem tertio loco Fab. contra illa verba *d. l. 4.* de præstanda ca tione movet, etiamsi ponamus debitorem adhuc esse obligatum, tamen non quum esse ut gravetur cautione, quoniam imputare sibi debeat creditor, qu loco destinato non acceperit obligatam pecuniam, neque propter contuma aut moram creditoris debere fieri deteriorem causam rei, quæ præsertim fo eo loco quo convenitur, non possit reperire amicos, qui pro ipso fidejubea hoc prorsus ridiculum est: insufficiens enumeratio, quoniam Vlpianus po etiam casum pecuniæ alibi ex facili solvendæ: item quia potest creditor ex ca sa justa vel probabili recusasse pecuniam, quæ fortassis non eo quo debuit mo & forma, aut non tota oblata fuit, cujusmodi plura in facto occurrere possu item quia non est una tantū species cautionis, & si reus non poterit cavere fi jussoribus, admittenda erit cautio pignoratitia, vel etiam nuda repromissio: niq; quod unicum sufficit contra cavillationes istas Fabri non imponitur jud necessitas in d.l.4 ut præcise semper exigat cautionem, sed hoc ipsius officio p mittitur, nec quisquam negabit ex justa causa necessitate præstandi caution reum liberari debere: & vitiosissima consequentia est: aliquando reus ita de

absolvi, ut nec caveat quidem, ergo semper ita debet absolvi, & nunquam onere præstandæ cautionis gravari.

Ex his apparet, quam inepte *Fab. indict. leg. 4.* arguat manum Triboniani : & magis inepte ibid. scribat verba Vlpiani in *d. l. cum sit arbitraria*, ita esse accipienda, perinde atque si adjectum esset, *non ex stipulatu, licet ex stipulatione primum fuisset obligatus, quia iam alio loco convenitur* : est enim ista jejunissima petitio principii : cujusmodi & in his verbis quæ mox subijcit, *ut hinc intelligamus, quantum intersit, an agatur actione ex stipulatu, an arbitraria, neque actionem ex stipulatu arbitrariam dici posse ullo casu, neque actionem arbitrariam ullo modo posse esse ex stipulatu* : hoc enim omni modo falsum esse, jam satis probavimus: quamvis libenter fateamur, juxta prædicta non parum interesse propter novam qualitatem, an pura, an arbitraria actione quis experiatur. Sed quærat aliquis ex Fabro, unde nam ista actio arbitraria descendat, siquidem non est ex obligatione priori V.C. ex stipulatu : quoniam omnis actio in personam requirit aliquam causam præcedentem. Huic quæstioni respondere videtur Anton. Fab. dum scribit, hanc actionem non prius esse natam, nisi ubi alio loco reperitur, qui certo loco se soluturum promiserat. Hoc verum monstrum est, ut locus solus & in eo facta deprehensio rei sit sufficiens causa actionis, quæ rursus non agente fortassis creditore, evanescat, & toties quoties reus in alium locum pervenerit & non conventus decesserit, nascatur & extinguatur. Hoc certe nihil ineptius dici aut fingi posse videtur : & si hæc esset actionis caussa, fieri non posset, ut consumeret obligationem primam ex stipulatu, & hanc tamen consumi certissimum est, si reus alio loco conventus solverit, nec ullam amplius actionem in loco adjecto contra ipsum superesse : sed & æque certum est, obligationem & actionem aliquam, per aliam specie & omnino diversam actionem, non consumi: ita autem scribit Anton. Fab. quod actio arbitraria sit alia & prorsus dissimilis ab actione ex stipulatu, nec numero tantum, sed & specie causa & origine sit diversa. Quæ quidem opinio adeo falsa & absurda est, ut aliam refutationem non mereatur : sicut valde scilicet facetum & suave quod statim addit, ubi deficit actio ex stipulatu, ibi incipere arbitrariam, & vice versa : cum præsertim fieri nequeat, ut corruptio & finis unius actionis sit caussa efficiens alterius prorsus distinctæ. Sed pergit Fab. confirmare thesin suam, quod omnino nova sit actio, hac quoque ratione, quod hæc actio, præ cæteris per emphasin arbitraria dicatur. Sed nulla prorsus connexio est, vel ideo, quod juxta prædicta diverso plane sensu arbitrariæ dicuntur actiones de quibus in priore parte egimus, ut proinde hæc actio non rectè dicatur per emphasin arbitraria respectu earum, quæ hoc sensu arbitrariæ non sunt. Illud autem falsum & petitionem habet principij, quod hæc actio non habeat nomen : quia omnino dicimus esse ipsam actionem obligationis contractæ, sed cum nova qualitate : ideoque hæc quoque ratio Fabri nihil concludit, quod arbitraria etiam contra eum competat, qui ex mutuo vel testamento est obligatus : etenim hinc descendunt propriæ actiones, sed quæ commun[illegible] habent qualitatem novam, ob id quod alio loco moventur : itaque falsum est quod eadem sit species actionis arbitrariæ, quæ ex diversis illis causis competit, licet qualitas nova eadem specie sit : & quod dicitur actio ex testamento, ex mutuo vel ex stipulatu, arguit quod actio arbitraria denotat tantum adjectam qualitatem : utique enim perabsurdum sit actionem arbitrariam, qua peto quod ex testamento debetur,

eandem

eandem esse specie, cum ea qua peto quod ex stipulatione: ex mutuo vel con
tuto debetur, nemo enim sanus negare possit; quin in actionem arbitrariam
niat, quod debetur ex istis caussis : & oportet ut actio quæ datur in hæreder
quo aliquid legatum est, sit ex testamento: adeoque actio quæ datur contra p
missorem vel qui mutuum accepit, oportet ut sit ex mutuo vel ex stipula
quamvis id per absurde neget Fab. hac ratione, quod non possis assequi ulla
tione, ut testator voluerit Ephesi dari, quod Romæ dari jussit. Resp. quod
tius voluerit Ephesi dari, quam nullo modo dari, & satis sit eius voluntati si
cipiat legatarius, quanti ipsius interest, in loco adjecto solutum fuisse: sicut
stipulatus est Romæ sibi dari centum, voluit quidem sibi ea Romæ solvi, sed
tius quam ut nihil consequeretur, alio sibi loco solvi voluit, siquidem in lo
adiecto experiundi facultas non esset, quæ ratio est Iurisconsulti in *l. 1. de eo q*
certo loco. Sed urget Fab. quod condictio certi ex mutuo utique non possit e
actio arbitraria ; quippe cum æstimationem permittat judici propter intere
loci, & ita sit potius incerti. Respond. quod supra jam diximus, consideran
esse actionem principaliter, prout olim introducebatur apud prætorem, ubi p
ponit creditor, quod quantitatem certam dederit mutuam, solvendam certo
co, ad quem quia creditor non veniat, petere se eam quantitatem sub arbit
judicis, quanto minoris propter interesse loci sit solvendum : quin & dixer
hoc in formula expressum fuisse: *si pares Titium alio loco solvenda centum mu*
dedisse, iudex quanti tibi videbitur condemna : neque absurdum habendum est
condictio certi ex hac causa degeneret in naturam condictionis incerti. Atq
ista sunt quæ pro nova opinione sua adducit Fab. Inde confert se ad refutan
objectionem, quæ pro sententia communissima & verissima sumitur ex *l. si d*
16. §. 1. de constitut pecun. ubi dicitur quod actione constituti quis experiatur
lio loco exemplo arbitrariæ actionis: sed istam objectionem mala fide propo
Fab. dum ait illo loco probari quod actio constituti sit illa ipsa si moveatur a
loco, quæ loco adjecto competeret, non vero arbitraria actio, etenim Iurisc
sultus ita non loquitur, quod non sit arbitraria actio, sed quod alio loco mov
tur exemplo arbitrariæ actionis : nimirum quoniam qualitas ista agendi in l
alio, videtur primo & principaliter introducta pro actione ex stipulatu, sed pe
ea etiam ad alias actiones quarum ead. ratio, & ita quoque ad actionem con
tuti producta. ut & hæc instar arbitrariæ actionis ex stipulatu moveri possit: qu
sane inepte diceretur, maxime si ex sententia Fabri, actionem arbitrariam n
& propriam esse statuamus, si alio loco actio de constituto pure movere po
quod non obscure existimat Fab. imò existimare cogitur, quoniam conte
unam eandemque esse actionem de constituto & loco adjecto & alio move
idemq; sæpius dixit, actionem puram & arbitrariam prorsus inter se diversa
Enimvero sententia ista subsistere ideo non potest, quoniam actio constituti
actio stricti juris, cuiusmodi sine periculo plus petitionis alibi institui neq
Quod si ita est, efficitur necessario ex d. l. 16 quod actio pura & arbitraria spe
& causa non diversæ, sed eædem sint Et more suo principium petit Fab. dic
quod prætor ex æquitate hanc actionem introduxerit, eamque ita formaverit
quovis loco pure jure institueretur: nego etenim, nullam actionem stricti ju
(solæ enim exceptæ sunt actiones bonæ fidei *l. 7. de eo quod cert. loc.*) qualis s
dubio est actio constituti, ita comparatum esse posse, neq; etiam ita eam com
ratam esse unquam demonstrabit Fab. & contrarium potest ostenditur ex *d. l*

S

§.1.cujus hæc sententia est,quod sicut actio ex stipulatu alio loco moveri potest cum speciali & nova qualitate , ita exemplo huius posse moveri actionem ex constituto. Quod si æquitatis ratio facit ut actio alibi etiam pure instituatur,hoc vel maxime obtinebit in actione ex testamento , quæ multa etiam cum bonæ fidei actionibus communia habet,& tamen hæc actio alio loco pure moveri non potest *l.5.de eo quod cert.loc.*qua in re perversam Fabri Iurisprudentiam animadvertere licet,qui actionem ex testamento , vel potius qua testamento,legatum alibi petitur,prorsus ab actione pura & specie diversam,sed in actione de constituto omnia cōtraria affirmat. Quid enim aliud inquit,fecisset prætor,aut quomodo actionem arbitrariam jure civili introductam ad actionum prætoriarum usum applicasset,inauditam namque est,ut civiles actiones sint subsidiariæ prætoriis. Hæc Faber,qui perpetuo principium petens nugamenta sua pro confessis sumit: hoc enim est quod perpetuo negamus, quod arbitraria actio sit nova species,sed dicimus solū introductam novam qualitatem , quæ optima ratione accommodatur etiam actioni prætoriæ,quam puram alio loco proponi non patitur ratio juris,quæ posita actione stricti juris ex cerebrina æquitate Fabrili,quā hic superasse ait perverti non potest:cæteroquin etiam actio ex testamento alio loco pure institui possit. Et quam putida sit ista responsio Fabri,illud argumento est,quod ipse *dec.84.err.4.* actionem arbitrariam de eo quod certo loco prætoriam esse affirmat,ut & hinc appareat, hominem istum sine judicio quicquid ipsi in buccam venit,illinere chartis. Præter argumentum quod ex *d l.16.*sumitur,non parum etiam contra Fabr.sententiam communem confirmat consideratio actionum & conventionum bonæ fidei: V.C.si emptor vel conductor promiserint se certo loco pecuniam soluturos , etiam alio loco actione contractus purā & non alterata conveniri possunt *l.5.de eo quod cert loc* quoniam hæc qualitas inest actioni ,ut officio judicis super æstimando eo quod interest locus esse possit,eaque qualitas non facit ut diversa sit actio: quod autem actio bonæ fidei est natura sua,id efficitur actio stricti juris per expressam arbitrii adjectionem. Atque hæc ita contra *Fabr.ad cap.2.libr.15.conject.*disputare visum fuit:& repetit ille pleraq; *decad 9.err.5.*ubi falso ait quod actiones stricti juris & arbitrariæ toto genere differant,& vitiose duas illas species actionum arbitrariarum,de quibus separatim egimus,confundit : falsum etiam quod non magis stricta judicia possint fieri arbitraria,quam ut ex his stricti juris actiones efficiantur : quoniam in illis alteratio contingit propterea quod alio loco moventur: illud vero ineptam habet oppositionem, quod ait arbitrarias actiones non tam nasci ex contractibus quam ex natura & æquitate negotiorum:& deniq; inepta ratio , quod nullus sit contractus arbitrarius:vel quod ipse ex contractu actiones illas esse negat vel potius quod hæc species actionū non dicitur arbitraria, quatenus initio nascitur,sed quatenus alio loco intētatur. Sed vereor ne male quibusdā videar locasse operā,in ineptissima opinione confutanda. Verū ut sæpe dixi ea fælicitas istius hominis fuit, ut multi præcipue jactātia illius decepti opiniones,& rationi ipsi contrarias fuerint amplexi:& repertus est qui etiam istius vanissimæ opinionis se præbuit ad stipulatorē,nimirū *Hun.lib.4 resol.ad Inst.q.*30.ubi nescio an satis perceperit,qua in re cardo huius controversiæ versetur:dū reprehēdit Dd. quasi hi existiment,quod adjectio loci cōvertat actionem stricti juris in arbitrariam : & mox,quod putent actionem fieri arbitrariam,ubi locus certus stipulationi

M tioni

tioni fuit adjectus. Prorsus imperite, aut certe parum accurate: neq; enim qui quam dicit aut dicere potest, quod actio fiat arbitraria propterea quod stipulationi adjectus fuit locus, sed quia extra locum adjectum alio loco instituitur, & æstimatio ejus quod interest arbitrio judicis committitur.

III.

In specie videndum est de obligationibus & causis ex quibus nata actio hanc qualitatem, à qua denominatur arbitraria, adsumat.

Constat haud dubie dari ex causa stipulationis, si quod promissum est, alio loco petatur: nec dubitant Dd. quin idem sit obligatione ex mutuo, constituto & quasi contractu aditionis hæreditatis, unde nascitur actio ex testamento, per *l. duo. 16. §. 1. de const. per l. si. hæres 5. cum l. seq. de eo quod cert. loc.* Putat Ioh. F. in nostro § addendam etiam esse condictionem ex obligatione literarum. Sed scilicet jam pridem ad Tr. de mutuo ostendimus, hanc actionem re vera esse ex mutuo ut adeo frustranea sit hæc dubitatio: cujus etiam aliam rationem reddit *Ias. n. 2.* quod ex communi sententia Dd. quævis actio stricti juris, si alio loco moveatur, arbitraria efficiatur. Sed Ant Fab. homo natus corrumpendo juri nostro, contra ea quæ ipse tractavit *15. conject. c. 2.* cum noviter somniasset *decad. 90. err. 5.* & *dec. 84. err. 5.*, ex causa solius stipulationis actionem arbitrariam necessariam esse contendit: ratione prorsus inepta, quoniam sufficiat ex causa aliarũ obligationũ mercem æstimari ea quantitate, cujus est illo loco ubi debuit solvi. Etenim ead. ratione militat in stipulatione, & est hæc nimis evidens fallacia causæ: quoniam non ideo actione arbitraria opus fuit, quod non posset in loco quocunque reus convenitur æstimatio fieri habita ratione loci adjecti, sed quod adjectus locus restrinxit ad eum facultatem movendæ actionis quæ sint periculo plus petitionis quoniam alibi institui non poterat pure; necessarium erat inserere mẽtionem loci & æstimationẽ quanti solvendum esset judici permittere: idq; evidens est ex *l. 7. de eo quod certo loco* juxta quam ex causa bonæ fidei actionũ, quibus inest clausula ex bona fide, nõ opus est actione arbitraria: eaq; oppositio ostendit in omnibus stricti juris actionibus secus esse. Nec quicquam ad rem facit, & per se ineptũ est quod Ant. Fab. ait, imputare sibi debere creditorem, quod certo loco sibi voluerit numerari pecuniam & nõ adjecerit stipulationem: etenim hæc petitio principij est, quod ex sola causa stipulationis arbitraria actio habeat locum, neq; hoc respicit favorem solum creditoris, cui etiam nihil imputari potest, si in contractu per se perfecto acquievit & substitit, & locum adjecit, in quo pecuniam solvi ipsius intererat. Et quis tandem effectus erit illius imputationis an ut creditor nõ possit agere in loco adjecto, sed cogatur agere in loco domicilij tantum? an ut extra locum adjectũ prorsus non possit agere, an ut alibi non arbitraria sed pura ei competat actio? quæ omnia & singula aut falsa aut inepta sunt. Adducit ille quidem textũ in *l. hæres. 19. §. ult. de iud* ubi dicitur eum qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobiq; posse conveniri. Sed textus est generalis, eoq; inepte à Fabro restringitur ad mutuum quamvis ille levitate solita *decad. 90. err. 9.* in stipulatione quoque locum illum adm

admittat. Cæteroquin textus ille everrere videtur quod traditum est in *l.1. de eo quod cert.loc.* eum qui obligatus est ut certo loco solvat alibi conveniri non posse, ideoque creditori succurrendum fuisse arbitraria actione: cujus nulla est necessitas si in loco communi domicilij agendi facultas superest. Haud scio an responderi possit 1.contractum ibi fuisse in provincia, eoque in concursu duplicis fori, loci contractus & loci domicilii,quod promissor in provincia habuit,per verba post & forte ex adjecta,non censeri exclusum commune forum domicilii, in quo insuper contractum intervallo fuit. Deinde dici potest,quod minus afficiat locus generalis,veluti Italia integra provincia,quam specialis,certa videlicet urbs,cum inde appareat voluntas contrahentium,quod omnia alia loca voluerint esse exclusa. Sed ut ad quæstionem principalem revertamur, Ant. Fab. qui omnia confuse tractat repetit eundem errorem,quod actio arbitraria ex causa solius stipulationis locum habeat & necessaria sit ead. *decad.90. err.9.* ubi videtur hac uti ratione, quod locus faciat partem stipulationis,non autem mutui,quod re contrahatur.Sed respondeo 1.quod hoc argumentum sit particulare,siquidem locus non minus potest pars fieri constituti quam stipulationis. 2. Quod licet pacta etiam in continenti adjecta non insint mutuo,de quo alibi tractatur ad augendam & formandam obligationem & actionem,tamen utique effectum suum habeant, ad producendam exceptionem qua repellatur actor qui venit contra pactum: ideoque si pecunia hac lege credita sit, ut certo loco reddatur, hactenus certe vires habere debet pactum,ut ne pura actione alibi reus conveniri possit à creditore,sed hic incidat in periculum plus petitionis,nisi facultatem æstimandi interesse loci arbitrio judicis permittat: siquidem constat ex *§.temporales.10.Inst.de except.* ut quis plus petere dicatur,sufficere ut repelli possit exceptione. Ideoque falsum est quod Anton. Fab. existimat,si etiam stipulationi perfectæ,sit in continenti adjectum pactum de solvendo certo loco,non esse necesse recurrere ad arbitrariā actionem: ita enim perabsurde utilitas pacti auferretur reo,si pura actione extra locum adiectum conveniretur, quoniam in ea ratio ejus quod interest non habetur, juxta naturam strictæ actionis. Hinc etiam nulla est ratio Fabri, quod actio mutui non nascatur ex pacto sed ex numeratione, & ob id locus non ad obligationem, sed ad solutionem pertineat: etenim respondetur,vel quod hoc sufficiat,locum adiici solutioni, vel potius quod omnis locus & semper solam respiciat solutionem & præstationem, veluti centum Romæ dati,neque unquam locum facere partem obligationis: & hæc se mutuo consequuntur, ut qui certo tantum loco solvere adstrictus est, extra eum locum conveniri nec possit. Et ut diximus ratio ista Fabrilis,nunquam efficere potest, ut stipulationi istud proprium sit, & etiam removeatur constitutum, item obligatio legatorum quæ primario ex voluntate defuncti descendit. Hic autem obiter notanda est inconstantia Fabri qui *decad.90 err.9.in fin* scribit,ubi pacto in continenti locus adjectus est,non opus esse actione arbitraria, sed agi posse directa, non tamen ubique,sed tantum eo loco & in loco domicilij: & idem ut mox dicemus eum qui sive pure sive in loco certo dari obligatus est, ubi reperitur aut directa aut arbitraria actione conveniri posse statuit. Enimvero cum idem Fab. prorsus neget pacta inesse posse mutuo, & hic tantum agatur de exceptione danda reo, nihil interijt, an pactum statim, an ex intervallo adiiciatur: & aut omnino facultatem agendi ad locum restringet pactum, aut prorsus non restringet, quo minus ex sententia Fabri ubique agi possit: absurdum plane est

pactum ex intervallo nihil hic operari. Hæc nimirum somnia sunt Ant. Fabr. se
à porta eburnea: & confutatur illa opinio, quod ex causa mutui non sit nece
saria actio arbitraria, per textum expressum *in l. aut mutua 6. de eo quod certo loc*
quem textum absurdissime Ant Fabr. *decad. 84. err. 5.* (ubi itidem absurdissim
propter locum adjectum proponit actionem præscriptis verbis) restringit a
casum, quo mutuo subjecta fuit stipulatio: etenim hoc modo novatio quo
dammodo contingit, & unus contractus tantum est, & nec quidem ex numera
tione obligatio nascitur *l. 6. § 1. & l. 7. de novat.* atquin in *d. l aut mutua* quæri
tur de pecunia mutua ita data, ut certo loco reddatur. Quod autem ibi propo
nit, locum esse partem stipulationis, non mutui, ad hoc jam ante respondimus
& neque proprie illud dicitur, sed tantum quatenus locus ipsis verbis stipulatio
nis inseritur: neq; ut actio arbitraria sit necessaria, oportet ut locus sit pars sti
pulationis, sed sufficit ita contractum esse, ut certo loco solvatur. Et suavis e
Ant. Fab. negans necesse fuisse ut in *d. l 6. de eo quod cert. loc.* fieret mentio stipu
lationis, quoniam constabat ex jure certo ex stipulatione sola agendum esse a
ctione arbitraria: etenim hoc posterius falsissimum & ista putidissima petiti
principii est. Sed vide sis lector, hominis desultoriam levitatem & inde cogno
sce, quid de disputationibus Fabri ejusq; rationibus & opinionibus, quas ille hin
inde imprudenter proponit, sit sentiendum, & quantum iis tribuendum. Ille e
enim paulo post *dec. 91. err. 6.* quod bis terve actionem arbitrariam ad stipulatio
nē restrinxerat, recantat, & aliquando quidē se ita sensisse scribit, sed postea sib
illud durius visum fuisse. Credas eum ante multos annos scripsisse, quod pauc
interjectis capitibus præfracte cōtendit, nihil aliud agens nisi ut jurisprudenti
nostræ illudat, & sine ullo judicio, quicquid ipsi ursū fuerit chartis illinat, quo
mox pari futilitate retractet. Sed nimirum *d. dec. 91. err. 1.* errorem unum revoca
sed ibid. nova & plura monstra procudit: & in quæstione illa de mutuo ad e
plicationem *d. l. 6. de eo quod cert. loc.* inter mutuum pecuniæ numeratæ & alia
rerum fungibilium distinguit. Verum aut procedit ratio, quam tantopere ur
Fab. quod locus non possit inesse obligationi mutui, aut corruit illa ratio & loc
adjectus mutuo effectū operatur: & in utrumq; casum nulla est ista distincti
quoniam utrobique ratio differentiæ inter mutuum pecuniæ & aliarum reru
reddi nulla potest. Sed ille more suo novam confingit differentiā, quod pecun
in republ. bene constituta certam ubique & constantem habeat æstimationen
Resp. 1. si hoc attenditur, eandem quoq; distinctionem adhibendam esse stip
lationi. 2. esse fallaciam causæ, neq, ideo necessariam fuisse arbitrariā actionen
quod res æstimari non possit, quanti alibi est, sed quia ratio juris non patitur,
actio pura alibi instituatur: & judex alibi additus necesse habet cōdemnare re
ut eo loci solvat ubi conventus est, eaq; de causa quia ead. commoditate solve
ibi non potest, arbitrio judicis quantum solvendū est permittitur. 3. in casu p
cuniæ debitæ non ideo actionē esse arbitrariā, quod ea æstimare non possit, s
quod diversis in locis difficilius pecunia confici, & majoribus usuris fortassis a
cipi debeat. 4. Ratio illa Fabri suadere videtur, ut ex causa pecuniæ mutuæ qu
semper certā habet æstimationē non sit opus actione arbitraria: & tamē Ant.
contrario modo pro pecunia numerata eā necessariā esse cōtendit, alias aute
fungibiles actione directa extra locū adjectū peti posse: quod prorsus absurd
& generalitati textus in *dict. leg. 6. de eo quod cert. loc.* contrariū est. Interim hic it
dei

dem notetur quam inconstanter & varie Fab. hanc rem tractet, qui quæ paulo ante disputavit, pactum adjectum mutuo, sive potius locum pacto adjectum nõ posse facere ut actione arbitraria opus sit: item quod creditor sibi debeat imputare, qui non subiecerit stipulationem, omnia hic retractat: adeo sui oblitus, ut contrarium ei quod paulo ante scripserat, si pactum etiam in continenti adjectum fuerit perfectæ stipulationi, non opus esse actione arbitraria, circa finem hujus capitis, pactum in continenti adjectum, non minus hic operari tradat in stipulatione, quam si ipsis verbis stipulationis fuisset comprehẽsum Porro specialitatem illam rationis de mutuo pecuniæ persequitur *d. decad. 91. err. 2.* & si recte eum intelligo, ita eam explicat, ut existimet ideo in hoc casu admittẽdam esse actionem arbitrariã, quod alias nulla sit futura utilitas loci adjecti, nisi alio loco agi possit; quoniam pecuniæ æstimatio certa sit, adeoq; permittendũ creditori alio loco agere, ut judex ibi aditus rationem loci adjecti habere possit: sed cum aliæ res fungibiles pro diversitate locorum singulorum pene diversa pretia habeant, etiamsi directa agatur, rationem tamen loci & interesse haberi posse: atque ita existimat Fab. hoc agi actione arbitraria, ut judex æstimet rem debitam in loco quo agitur, sed habita ratione pretij, quod est in loco qui adjectus fuit. Verum totum hoc falsum & ineptum videtur. Nam 1. hoc sensu actio arbitraria non necessaria esset, sed utilis tantum, quod falsissimum est. 2. Nõ minus falsum est, quod judex tanti cõdemnet, quanti res est in loco adjecto, sed ille condemnat ad quantitatem solvendam eo ipso loco in quo agitur, & si reus ostenderit, se minoris potuisse rem comparare in loco adjecto, minoris etiam condemnatur, quia in loco in quo convenitur plus exponere cogitur: veluti si quis debeat aliquot plaustra vini, quæ minori pretio emantur in loco adjecto, in minorem quantitatem vini quam debet, à judice condemnari reum oportet. 3. Graviter errat Fab si putat ideo introductam actionẽ arbitrariam ut sit aliqua utilitas loci adjecti, sed ratio potius fuit, ut liceret alio loco agere, si reus nunquã in locum adjectum veniret 4 ex sententia Fabri effici videtur, quod sive actione directa sive arbitraria pecunia mutua petatur, eadem tamẽ futura sit cõdemnatio. Et tanto absurdior videtur sententia Fabri, quod ait, si stipulatione promissa sit pecunia, & adjectus locus solutioni, non esse opus actione arbitraria: cum tamen idem alio loco, ut paulo ante notatum, pactum adjectum in continenti tantum velit operari, ac si comprehensum fuisset verbis stipulationis, quam etiam veriorem sententiam esse, ubi de augenda quoque actione tractatur, prabavimus *ad Treutl. de pact th* 10. Ratio autem Fabri qua utitur, quod quis possit interesse consequi actione directa, nullius momenti esse videtur; quoniam hæc est falsa hypothesis, quod actione directa alibi possit agi sed & in actione directa & puta illud ipsum quod in obligatione est venire potest; & si illa ratio Fabri concludit, prorsus non erit aliqua necessitas actionis arbitrariæ: & ex ead. efficietur, quod utcunque locus sit adjectus obligationi ut loquitur Fab. actio arbitraria necessaria non sit: & rursus si ubi locus adjectus est solutioni per pactum in casu stipulationis, non est necessaria arbitraria actio, sed alibi directa agi potest, quidni etiam idem dicemus in mutuo pecuniæ numeratæ, cum ex sententia Fabri pactum obligationi mutui nunquam inesse possit: idemque efficietur ea ratione qua utitur *Fab. decad. 91. err. 2.* si inquit adjecta die agitur directa, ut tamen ratio habeatur ejus quod interest ob moram, quod res sua die soluta

non est, ergo etiam sufficiet actio directa ad æstimandum quod interest ration loci. Hæc inquam ratio etiam concludit in mutuo pecuniæ numeratæ & ómni no tollit necessitatem arbitrariæ actionis. Sed nimirum vitiosa comparatio e loci & temporis, quoniam hoc non inducit actionem arbitrariam, ut ipse Fa prolixe disputat. *15. conject.3.* & amplius propter moram rei tardius solventis semper in plus fit condemnatio, & quidem per modum simplicis accessionis. V C. ut usuræ præstentur, & ejusmodi mora semper est ut ita loquar, culposa: se reus etiam sine culpa à loco abesse potest, ut proinde etiam pro ipso utilitatis lo ci ratio habenda, & ipse in minorem quantitatem condemnandus, & ita tot quantitas debiti varianda veniat: quod cum actione pura fieri non possit, mani festa inferretur injuria reo: ad quod ridicule respondet Fab. imputari posse reo cur non in loco condicto pecuniam solverit vel deposuerit: etenim 1. iden imputari potest ubi ipsi stipulationi locus est insertus, itemque in mutuo pecu niæ, quibus tamen casibus Ant. Fab necessariam putat actionem arbitrariam. falsum est, quod semper possit imputari culpa reo. 3. falsum est quod qualis qua lis culpa auferat reo utilitatem loci. 4. Cum lex obligationis hæc sit, ne alib actio moveatur, inepte disputatur de imputatione ista: & dependent ista omni Fabri ex falsa hypothesi, quod actio directa extra locum adjectum moveri po sit. Ergo simpliciter statuamus, quod extra illum locum directa actio movei non possit, sive locus sit adjectus obligationi ut loquitur Fab. sive solutioni, siv etiam pacto apposito contractui, sive sit mutuum pecuniæ numeratæ, sive alte rius rei fungibilis: in quam rem aliquid facit. *leg. un C. ubi conveniatur quid cer to loco, &c.* ubi proponitur obligatio de solvendo certo loco: licet enim si aliqui urgeat dici possit quod omnis obligatio dirigatur ad solutionem, eaque conside ratione aliquantum improprie Imperatorem esse loquutum, attamen cum nihi urgeat, nihil etiam hac responsione est opus, & improbanda putidissima senten tia & distinctio Fabri, quam passim, & præcipue *decad. 91. err. 5.* proponit, quo interfit an promittantur simpliciter centum Capuæ, ac centum solvenda Capuæ quo posteriori casu Fab. ineptissime negat, quod actione arbitraria sit opus. Fa cit itidem aliquid contra distinctiones Fabriles, quod cum mutui obligatio, e qua sola contractus æstimatur, consistat in restituendo, consequenter ubi ita cō tractum est, ut res mutuo data certo loco restituatur, satis intelligi debere loc ipsi contractui inhærere.

Sed videre etiam breviter oportet quæ Ant. Fab. nugetur de actione ex te stamento & ex constituto. De illa agit *decad. 91. err. 5. & 4.* ita ut illo capite vi deatur contra quam de mutuo disputavit, omnimodo ex causa legati necessari am facere actionem arbitrariam: cum tamen idem prorsus in casu mutui & le gati responsum sit in *leg. 5. & 6. de eo quod certo loco.* Et rationem hanc diffe rentiæ ibi addit, quod testator censeatur locum adjecisse obligationi non solu tioni, ut tamen mox suaviter moneat, attente considerandum esse, quibus verbi testator sit usus: quasi vero testatores sæpe imperiti homines ejusmodi accu rationem observare soleant aut possint: & idem mox *Anton. Fab. cap seq. 4* qua revocat quod concesserat, & rursus memor erroneæ distinctionis suæ, statuit si testator legaverit centum solvenda Capuæ, tum actione arbitraria non ess opus: quamvis jejunissimam subtilitatem, & inanissimam captationem verbo rum, sat scio nemini persuadebit Fab. certe non persuadet ratio ab eo ibider subjecta: quod multum intersit, an leget quis centum alicui cum erit anno

rūn

rum 14. an leget centum solvenda cum erit annorū 14. Nihil enim hoc ad propositum: vel quod si isto casu interest an legetur aliquid solvendum nec ne, non protinus sequitur, nostro quoq, casu aliquid interesse: vel potius quod omnino inepta comparatio est duplicis illius casus, cum duplici nostra ratione promittendi promitto centum Capuæ, & promitto centum solvenda Capuæ: quorum eandem rationem & conditionem hac in re ex mente contrahentium esse, apertissimum est. Illud nihil ad rē pertinet, quod *d. l. leg 5.* loquatur de legato damnationis: quoniam hoc saltem contendimus, nihil interesse, quomodo certo loco testator hæredem dare damnaverit: quamvis dubitandum non sit, quod etiam legatarius cui per vindicationem aliquid relictum est, possit agere personali actione: itidem dubitandum est quin falsum sit quod Ant. Fab. statuit, ubi huic generi legati adjectus est locus, actionem arbitrariam non esse necessariam. Rationes ejus sunt levissimæ. 1. quia hæres possit agere actione ad exhibēdum. 2. quia vix soleat locus adijci legato per vindicationem. 3. quod non possit adijci locus nisi solutionis gratia. 4. quia si obligationis gratia adijciatur, non possit legatarius jure suo legatum vindicare. Respondeo ad 1. quod hic quæramus de actione personali ex testamento, quam cum eligit legatarius videtur hactenus remittere vindicationem legati & hæredem convenire tanquam obligatum: qua responsione etiam removetur quarta ratio. Ad 2. quod sint ponendi termini habiles, alioquin quæstionem futuram de non ente. Ad 3. falsam esse hypothesin Fabri, quod non sit necessaria actio arbitraria, ubi locus solutioni adjectus est. Illud hic quæri possit, cur Ant. Fab. in causa legati, non distinguat sicut in mutuo inter pecuniam & alias res: sed frustra hic in Fabro desideraveris rationem: qui etiam *d. decad. 91. err. 3.* frustra quærit cur ex causa legati sit opus actione arbitraria, quæ tamen non desideretur, ubi locus est actioni bonæ fidei. Etenim ratio solida & peremptoria est, quod actio ex testamento sit natura sua stricti juris, licet actiones bonæ fidei imitetur, quo ad quasdam qualitates exceptas, veluti circa usuras & fructus: Et hic quoq; inepte subtilis est Fab. ead. *decad. 91. err. 4.* dum contendit, quod hic præstentur usuræ & fructus, non fieri intuitu bonæ fidei, & quod hactenus actio ista bonæ fidei reputetur, sed favore ultimæ voluntatis: etenim hæc ipsa ratio fuit, propter quam qualitas bonæ fidei actionum attribueretur actioni ex testamento, ut plenius voluntas defuncti cōservaretur.

Videamus porro & quæ tractat de actione constituti *decad 91. error 5. in princ & error. 6.* Quod opus sit actione arbitraria, si constituto adjectus sit locus, confirmatur non obscure ex *l si duo. 16. §. 1. de constit. pecun* ex quo simul loco videtur confutari, quod toties iterat Faber, ubi locus tantum adjectus est solutioni, non esse necessariam directam actionem: (quamvis constitutum per se & seorsim quoque subsistens sit obligatio) pro qua opinione rursus *decad. 91. error. 5* ita concludere videtur: quod nunquam necessaria sit actio arbitraria, nisi ipse contractui & obligationi locus sit adjectus: quoniam scilicet ubi reus obligatus esse cœpit, antequam adjectus fuit locus, fieri non possit, ut non sit locus actioni directæ. Sed jam sæpe diximus hoc esse falsum, & admisso quoque eo, quod actio directa ipso jure competat, eam tamen excludi per exceptionem, & hoc ipsum sufficere & efficere, ut quis necessum habeat, uti actione arbitraria, nisi in periculum plus petitionis incidere velit. Sed & si hæc ratio concluderet, idem necessario obtineret contra quam ante disputavit

putavit Fab. in pecuniæ numeratæ mutuo: sed & amplius nemo negaverit, cu mutuum hactenus contractus sit, quatenus obligatur reus ad restituendum, u ita conventum & mutuum reddatur Capuæ, ipsi obligationi mutui inhærere l cum. Sed ut ad constitutum redeamus, *Ant. Fab. decad. 91. err. 6.* negat quc hic actione arbitraria sit opus: duplici ratione: & prima est ex *dict. leg 16. § 1. constit pec.* ubi Vlp. ait, si certo loco quis solvere constituerit eum posse conv niri alibi exemplo arbitrariæ actionis. 2. quoniam & actio arbitraria & actio d constituta pecunia sint prætoriæ, eoque necessum non sit ad illam confugere Ad prius respondimus th. præced. in dissertatione, an actiones stricti juris po sint fieri arbitrariæ, quibus hoc addimus, ideo hoc modo loqui ICtum, ut dicat *exemplo actionis arbitrariæ.* quoniam constitutum est pactum, ex quo præter im contra juris civilis regulas datur actio; cum actio arbitraria tantum earū actioni qualitas esse videretur, quæ ex efficacibus jure civili conventionibus nascerentur. Sed nimirum sicut prætor ex constituto quodammodo ad instar stipulationis actionum pollicitus est: ita etiam ratio suasit, ut sub qualitate arbitraria ub certo loco constitutum est, actio ex constituto alio loco exemplo actionis ex sti pulatu, cujus ratio principaliter actio arbitraria introducta fuit, possit moveri prorsus cum ipse locus quasi incorporetur constituto, procul dubio militat ra tio *d. l. 1. de eo quod cert loc.* ut succurratur creditori, si constituens in eum locun nunquam venerit: & hoc suadet ipsissima juris ratio, ut maxime responsa ICt in *dict. leg. 16.* destitueremur. Quod ad alteram rationem attinet, notanda est itē rum levitas Fabri, *qui libr 15. conject.* omnino vult, quod actio arbitraria sit juri civilis. Deinde admisso etiam, quod sit prætoria, nulla tamen in argumento est consequentia: quoniam dicemus actionem arbitrariam, seu potius qualitaten illam introductam esse à prætore in subsidium cujuscunq; actionis stricti juris, quæ extra locum adiectum moveri nequeat: neque dubium est, quin actio ex constituto sit stricti juris, cui adeo eandem qualitatem in alio loco accommo dari oportet: quod præsertim solas actiones bonæ fidei legimus esse exceptas, sed de iis nunquam legimus, quod dentur exemplo arbitrariæ actionis, neque ita de actione constituti loquutus esset ICtus, si directa actione alibi recte agi existi masset. Accedit & hoc, quod actio stricti juris, qualem esse actionem ex consti tuto admittit Fab. non recipit clausulam, *ex bona fide,* ideoque necessum est u creditor alibi experiri volens agat cum commemoratione loci, & æstimationem debiti judici permittat: quandoquidem alias judex ubi nihil insertum est for mulæ, objecta apud se exceptione loci, necessario reum sit absoluturus, siquidē etiam loco plus peti constat. Illud obiter addo, quod si ratio ista Fabri, quod ha actio prætoria sit, recte concludit, ineptum fore, quod tanquam pro re magna monuit *d. decad. 91. err. 5. in princ* observandum esse, quod ICtus *in dict. leg. 16.* non dicat constitutum solutionis causa, ut intelligamus, inquit Fab. ipsi obligation locum adjectum fuisse? quæ quidem admonitio ineptam facit utramque rationem, imo falsam, quoniam efficiunt ut si maxime locus obligationi ipsi adjectus sit, actione arbitraria tamen non sit opus. Sed fortassis Fabro, cum caput quintum scriberet, nondum in mentem venerat subtilitas, quam capite sexto commentus est. De istis pluribus & forte accuratius agemus in nostris exercitationibus ad Fabrum.

Denique videndum hic est de aliis actionibus stricti juris, quæ scilicet ex contractibus innominatis nascuntur: quas quidem, ut retulimus in princ. huius

th. Dd.

th. Dd. communiter itidem arbitrarias fieri putant, si alio loco agendum sit. Sed contradicit & hic *Fab. decad.* 91. *err.* 5. Ponamus ita conventum esse, do tibi ut mihi Capuæ tabulam pingas vel vice versa, vel etiam do ut des certo loco: quoniam ex communi sententia Dd contractus do ut des à permutatione distinguitur, & ex illo quoque nascitur actio stricti juris: quamvis enim hanc sententiam alibi falsam esse probaverimus, tamen ex hypothesi ad hanc quæstionem quam tractamus casus ejusmodi fingi potest. Et Ant. Fab. negat actione arbitraria opus esse, sive inquit, dicas, ex contractu do ut des nullam aliam esse actonem, nisi condictionem ob causam non sequutam sive etiam præscriptis verbis actionem competere statuas. Vbi obiter notanda est inepta oppositio & præsuppositio, quoniam nemo hactenus tam fatuus extitit, qui solam condictionem nasci diceret: sed utrique actioni locus est in casu quo res data fuit, licet condictio, ut alibi ostensum, non tam ex ipso contractu innominato vero, quam potius ex quasi contractu & conventione tacita descendat. Et quod hanc condictionem attinet, non videtur res esse dubia, quoniam ad repetendam rem quæ data fuit, non videtur commode locus esse posse actioni arbitrariæ: quamvis non ineptè videatur ejusmodi casus poni posse, do tibi centum ut servum manumittas, & si non feceris, ea mihi Romæ repetere liceat: quem casum non attingit Fab. sed tantum in genere agit, & negat locum esse actioni arbitrariæ, adducta vitiosa ratione ex *l. qui loco. 27. de condict. indebiti*, in qua proponitur casus, quo quis cum nullus locus de restituendo adjectus esset, simpliciter soluit Capuæ indebitum, putans se debere Capuæ: qui error non potest locum facere actioni arbitrariæ & est iste casus omnino diversus ab eo quem proposui. Quod attinet actionem præscriptis verbis nec hic in bona est ratio Fabri, qua negat eam arbitrariam fieri posse: veluti si pingam tabulam, ut mihi Capuæ des aliquam quantitatem, vel etiam si dem Stichum, ut mihi Capuæ pingas tabulam. Ait Ant. Fab. non minus hic posse actionem fieri arbitrariam, quam si nullus locus adiectus esset, quoniam non sit adiectus locus ad id quod interest, sed, ut intelligo, sit adiectus ad factum vel dationem, ad quæ præcise ex hoc contractu actione præscr. verbum agi non potest. Hæc inquam ratio mihi non videtur concludens. 1. quoniam etiam ex stipulatione faciendi ad locum certum restricta, atque adeo pro interesse, actione arbitraria agi posse non male defenditur, ut postea ostendemus. 2. [illegible] niam ex sententia Ant. Fabr. ne quidem ex stipulatione de dando præcise [illegible] neri potest res promissa, sed ad æstimationem fit condemnatio, imò ex ipsius sententia æstimatio ipsa in actionem deducenda est: atque ita semper diceremus, aliud esse in actione quam quod promissum fuit, & actionem arbitrariam ad solum casum promissæ pecuniæ numeratæ restringeremus, & præsertim iuxta disputationem Fabri, qui eam vix in causa mutui, raro in causa legatorum, nunquam in causa constituti, & in causa quoque stipulationis tum demum ubi ipsi obligationi locus insertus est, eam necessariam putat, prorsus angustissimis finibus circumscriberemus. 3. quia interesse succedit in locum dationis vel facti, ita ut non magis alio loco ad illud quam ad hæc agi possit, propter rationem iuris, quæ non patitur alio loco moveri actionem quam qui contractui est adiectum. Neque vero ex eo quod actiones præscript. verb. vagæ quodammodo & indeterminatæ esse, nec certas formulas habere videantur, in contrarium quis iure moveri possit: vel quia hinc inepte effeceris, quovis loco directo eas institui posse, vel quia licet actiones istæ variis ca-

sibus accommodentur, tamen ex quatuor illis articulis satis certæ & determinata sunt. Sed nec quod JCti io specie harum actionum non meminerunt, satis idoneum argumentum præbet, ut propterea censeri debeant exclusæ: quod præsertim argumentum bonum a contrario sensu sumitur ex *l. 7. de eo quod certo loco* iuxta quam tantum excluduntur actiones bonæ fidei: & suavis est responsio Ant. Fab. quod argumentum à contrario sensu hic non procedat. Facit etiam generalis rubrica *de eo quod certo loco* & textus generalis *in leg. un. C. de eo quod cert. loco.* ad quæ itidem inepte respondet Fab. effici ex hac generalitate, quod etiam actiones bonæ fidei fieren arbitrariæ: etenim hæc exceptio expressa est *in d. l. 7.* quæ ut vulgo recte traditur, firmat regulam in casibus non exceptis. Vtitur etiam Bart. generalitate rationis quæ proponitur *in l. 1. de eo quod cert. loc.* & illa est falsa hypothesis Fabri, quam toties refutavimus, quod locus nunquam sit causa actionis arbitrariæ, nisi ubi ipse sit adjectus obligationi: quamvis etiam supra monuerimus, quod locus proprie loquendo nunquam sit pars obligationis, quippe à qua & ipsa re debita diversissimu est, sicut nec potest proprie dici adjectus obligationi, nisi quatenus intelligimus locum ita insertum contractui, ut simul ac quis obligatus est, etiam certo loco dare sit obligatus: quod tamen non esse necessarium ad hoc ut arbitraria actione agendum sit, in superioribus ostendimus: sed & amplius in mutuo eo accidere probavimus, quod ita datum est, ut certo loco restituatur: neque enim hoc est pactum adjectum mutuo perfecto, sed pars ipsius mutui: quod etiam in contractibus innominatis evenire contra Ant. Fab. affirmamus.

IV.

Illud est in difficili, an actio arbitraria quocunque loco ubi quis reperitur, an tantum certis & determinatis locis moveri possit.

Communissima Dd. est sententia, quod tantum possit moveri in loco domicilii etiamsi ibi non reperiatur, & in loco contractus si ibi reperiatur, ubi videlicet ali[illegible] cum quam in quo contractum est, solutio fuerit collata: quam sententiam pro[illegible] ius *ad Treut. p. 1. disp. 23. th. 3. lit. G.* & est eius hoc fundamentum, quod loco adjectus non possit ampliare facultatem agendi, & efficere, ut actio arbitraria possit institui aliis locis, quam quibus non adjecto loco recte ageretur: ne videlicet adjectio facta ad restringendum, operetur contra ius commune, & præter intentionem contrahentium. Atqui hoc pro certo habetur, quod iure communi reus tantum possit conveniri in locis modo nominatis: & ergo non potest facere locus adjectus, ut extra eum arbitraria actio instituatur: quoniam satis consulitur actori si ipsi non intercidat facultas agendi: quæ sola ratio fuit introducendæ actionis arbitrariæ *l. 1. de eo quod cert. loc.* Et sane admissa propositione minori argumentum hoc fortissime concludit illud enim commentum est Bart. quod reus hic conveniatur tanquam fugitivus & vagabundus: cum præsertim etiam ex justa causa possit impediri ne veniat ad locum adjectum: nec minus commentitium est, quod idem Bart. reum relevatum in uno quod propter interesse loci minuatur condemnatio in alio gravandum dicit. Ant. Fa ber *decad. 90. err. 7.* sequitur opinionem Bart. sed ex alio fundamento. Putat enim

quo

quod pure obligatus conveniri possit in quocunque loco, in quo reperitur: qua hypothesi admissa, corruit modo propositum argumentum. Sed verendum est, ne ista hypothesis Fabri sit falsa, non tam per textum *in l. haeres 19. §. ult. de iudic.* in qua tantum proponitur locus domicilii & contractus, quam potius per *l. 2. & 3. de bonis autoritate iudicis*, ubi traduntur duo loca, quibus quis defendi debet, & quibus missio in possessionem peti & impetrari potest, locus domicilii, & in quem collata est solutio: ex hoc fundamento, quia perinde habetur, atq; si ibi contractum fuisset: quod & docet *l. contraxisse. 21. de obl. & act.* ut ita appareat, quod post locum domicilii, principalis locus sit, in quo contractum est, quoniam sub hac interpretatione receptus etiam est locus in quem collata solutio est, quod in eo loco contraxisse videremur: & si igitur ad hunc effectum ut quis possit conveniri in loco solutioni destinato, haec praesumptio & quasi fictio sumenda fuit: quod ibid. contraxisse videretur, sequitur necessario quod haec tantum sint loca sortiendi fori, non vero quivis locus in quo quis reperitur, quippe qui fere forum tribuit in causis criminalibus *l. 1. C ubi de criminib. &c.* Neque ferri potest quod *Anton. Fab.* respondet *ad d. l. 2. & 3. de bon. autor. ind. &c.* esse quidem eos proprios locos, in quibus bona distrahi possint, sed inde minime effici quod aliis locis non possit reus conveniri: etenim cur ibi distrahi possint bona, hanc rationem reddit ICtus, quia ibi quisq; debeat defendi: unde talis educitur conclusio: quibus locis conventus defendi quis debet, ibi possunt distrahi bona: atqui in duobus illis locis tantum docet ICtus quem defendi posse: ergo, &c. Porro ut quis recte defendatur aliquo loco, ibi etiam conveniri eum posse necesse est, & ita tantum duobus illis locis poterit conveniri: & alias necessario sequeretur contra dictos textus, quod alibi extra illa duo loca possint bona distrahi, si alibi reus conveniri possit: quoniam ita recte concluditur, ut ubi quis conveniri potest, ibi etiam possit & debeat defendi, & vice versa. Amplius sententia illa Fab. fortiter refutatur hoc argumento: quod si etiam qui in certo loco contraxit vel ibi se soluturum promisit, ibi conveniri non potest, nisi in eodem loco reperiatur, adeoque deprehensio in loco tum demum tribuit forum, ubi in eo contractum, aut in eum solutio collata fuit. Ergo ubi quis pure promisit sine mentione alicuius loci, non sufficit ibi repertum esse, ut recte ibi conveniatur: atqui verum est prius, ergo & posterius. Ratio connexi est, quod alias loci adjectio nihil operatur ad effectum sortiendi quod esset per absurdum & contra dictos textus *in l. 2. & 3. de bon. autor. iud. iuncta l. 21. de O. & A.* quoniam inepte & frustra requireretur ut in loco aliquo sit contractum, aut in eum destinata solutio, si extra ea loca reus posset conveniri. Et obiter hic notandum, quod tria sint loca, in quibus aliquis sortitur forum, locus domicilii, & hic simpliciter, etiamsi reus eo tempore ibi non reperiatur, (quamvis suo sensu semper censeatur quis reperiri in loco domicilii) locus contractus, & in quem destinata est solutio: sed hi duo tum demum, si ibi quis reperiatur. Nam quod locus solus contractus sufficiat, etiamsi actum non sit ut ibi solvatur, hinc satis evidenter probatur, quod ut quis conveniatur in loco solutioni destinato, hoc colore admissum & receptum est, quod hic locus perinde habetur, atq; si in eo esset contractum *d. l. 3. de bon. auth. ind. d. l. 21. de Obl. & Act.* & suadet ratio, quoniam ubi quis contrahit, ibi quoq; ad solvendum sese adstringere intelligitur. Itaque quod dicitur in saepe *d. l. 3.* contractum non eo loco intelligi, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia non eo pertinere intelligendum est, ut excludatur locus contractus, de quo non videtur fuisse dubitatum. sed ita accipiendum est, ut sub-

 intelli-

intelligatur particula, *tantum*, quod videlicet etiam locus in quem destinata est solutio, habeatur pro loco contractus, & hoc sensu quod non necessarium sit in loco illo negotium gestum esse, sed sufficiat in eum locum collatam esse solutionem: nisi quis distinguendum existimet, an simpliciter in aliquo loco sit pure contractum, an ita, ut in alium locum solutio conferretur: quasi hactenus à loco illo recessum esset, ut non amplius ibid. sed tantum in loco solutionis conveniri posset: nam & ratio suadet, ut ibi demum quis recte conveniatur, ubi solvere debet, non autem ibi, ubi necessitate solvendi adstringi non potest. Atque hæc de ratione consequentiæ. Assumptio argumenti, quod quis non possit conveniri in loco contractus vel solutionis, nisi ibi reperiatur, præter ea quæ notavimus ad Treutl. *de iurisdict. th.* 8. *lit. c. & d.* probatur hac solida ratione: quod si ex communi ratione iuris reus ibi simpliciter etiam absens conveniri potuisset, nihil opus fuisset actione arbitraria: cum vero hæc demum facultas tribuatur creditori agendi extra locum adjectum, conficitur inde necessario, quod locus adjectus hoc operatus non fuerit, ut judex illius loci potuerit reum absentem & ibi non repertum citare & arctare ad comparendum: & hinc porro necessario concluditur, quod ille qui pure promisit non possit ex ratione juris convenire in quovis loco ubi reperitur. Videri autem hic possit scrupulum aliquem movere quod in *l. 2. & 3. de bon. autor. iudic.* probatur de decreto immissorio & distractione bonorum: quæ cum ut plurimum fiant contra absentem, videtur inde consequi, quod etiam absens in illis locis possit conveniri. Sed præterquam, quod ibi etiam agitur de loco domicilii, respondendum est, ponendos esse terminos habiles, rei semel ibi deprehensi & citati, qui exinde per absentiam suam vim iurisdictionis semel fundatæ evitare non potest, postquam semel res in eo statu esse cœpit, ut in eo loco reus deberet defendi. Neque enim probandum est, quod *Ant. Faber decad.* 90. *err.* 7. & 8. reperit, diversa esse quem debere defendi in loco aliquo, & ibi cogi respondere & solvere: quod videlicet illud videatur habere specialem hunc effectum, ut in bona non defensi missio fieri, & ea distrahi possint. Etenim si hoc sensu defendi debere, & repertum in aliquo loco respondere & solvere cogi, opponantur sequitur, hunc effectum loci certi adjecti vel loci contractus esse debere, ut etiam absens citari & contra eum procedi possit: quod falsum esse iam probavimus, & est hoc proprium soli loco domicilii: & omnino in hoc persisto contra Fabrum, quod in quo loco quis potest iure conveniri, in eo etiam debeat defendi, quoniam si iure citatur & in iudicium vocatur, fieri non potest ut non necesse habeat per se vel per alium respondere, aut prorsus elusorie dicetur conveniri posse. Et istud quoque hic ad explicationem *d. l. 2. & 3. de bon. autor. iudic.* notandum est, ad hunc effectum ut possit missio in bona decerni, non utique præcise requiri, quippe quod ita valde ratum esset, ut in loco contractu vel qui solutioni destinatus est, extra locum domicilii, decreta eiusmodi interponerentur: sed quod vel discimus ex *Cicerone pro Quintio*, decretum prætoris immissorium non tam tribuebat actualem detentionem bonorum quæ ibi erant quam potius ius quoddam bona ei ubicunque sita, apprehendendi, videlicet in Republ. Romana, in qua iudices omnes commune caput habentes, mutuas sibi operas invicem præstare necesse habebant: ut proinde nec probanda hic sit distinctio Fabri inter personam quæ conveniri potest, & inter bona in quæ missio vel quorum distractio fieri debet. Ex his igitur tandem concludendum videtur quod extra locum adjectum reus arbitraria actione ubicunque reperiatur, conveni-

eniri non possit. Contra hanc sententiam hoc obiicit Ant. Fab. quod ubicunque
solui potest, ibi etiam possit agi: posse autem ubique solui, per *l. continuus.* 137. §.
cum ita. 2. *de V. O.* Sed vitiosa hæc consequentia est: vel quia ut recte soluatur suf-
ficit solus consensus creditoris, non autem ut recte agatur: vel potius quia ipse
JCtus hanc consequentiam expresse improbat, hoc exemplo, quod debitor ante
diem soluere possit, licet ante eum conveniri non possit. Nec male cum Accur-
sio accipiemus *d. l.* 137. de casu quo debitor offert debitum cum omni interesse:
alias enim reus & actor consensu suo jurisdictionem cuiusvis magistratus pro-
rogare possunt: cæteroquin extra locum sola promissa quantitas citca interesse
quod prætendere possit creditor, ei invito cum effectu liberationis offerri & sol-
vi non potest, *per l. ult. de eo quod cert. loc.* Porro ex *d. l.* 137. vulgata ista quam tue-
mur sententia Dd. confirmari posse videtur: quoniam cum ibi in nostris termi-
nis jus soluendi & ius agendi inter se opponatur, & illud ubique fieri posse dica-
tur, consequenter ius agendi ubique locum non habebit. Amplius contra sen-
tentiam Dd. communem tres solent adduci textus, quorum primus est in *l. cum
qui.* 43. *de iudic.* quod qui insulam Capuæ fieri stipulatus est, tempore finito, quo-
cunque loco in id quod interest agere possit. Alter est *in l. qui loco* 27. *de condict.
indeb.* quod qui loco certo debere existimans indebitum soluit, quocunque loco
reperiat. Tertius est *in l. si duo.* 16. §. 1. *de constit. pec.* quod ex causa constituti arbi-
traria actione ubique agi possit. Quarto Fab. *dec.* 90. *err.* 8. adducit *l. heres* 19. *in
princ. de iudic.* ubi dicitur quod heres etiam extra locum domicilii sui convenia-
tur, modo ibi reperiatur. Sed ad hunc locum posteriorem facilis est responsio ex
ea quæ ibid. proponitur specialitatis ratione: quod videlicet hæres conveniatur
in loco ubi reperitur, sed eo non quovis, verum si locus fuerit locus domicilii de-
functi, vel ubi alias ille conveniri potuisset: nam cum hæres repræsentet perso-
nam defuncti, & ex huius obligatione in se transmissa conveniatur merito in
locum domicilii sui revocare actorem non potest: adeoque hic textus contra
Ant. Fabr. per argumentationem à contrario sensu retorquetur, quippe ex quo
extra casum obligationis hæreditariæ aliud obtinere, efficitur: quod etiam facit
ex ead. *l.* 29. §. *ult.* in quo duo tantum proponuntur loca, provincia quæ videlicet
est locus domicilii aut etiam contractus, & Italia, quæ est locus, in quem desti-
nata est solutio, ut falsum esse oporteat, quod reus ubicunque reperitur possit
conveniri. Prorsus locus in quem destinata solutio est, non magis ut probavi-
mus, hac in re operatur, quam locus in quo simpliciter contractum est: ut inepta
sit responsio Fabri & ratio specialitatis, quod ibi se quis obligaverit, ut in Italia
solueret: quoniam si recta esset disputatio Fabri, non ob id posset impediri actio,
quo minus in alio loco repertum reum convenire liceret, siquidem in hoc iure
communi quis forum sortiretur. Porro, ut redeamus unde digressi sumus, textus
in *l. cum qui.* 43. *de iudic.* & *l. qui loco.* 27. *de condict. indeb.* loquuntur quidem de
obligatione pura, sed in iis nihilominus pro sententia Bartoli quam Fab. sequi-
tur, quod actio arbitraria quocunque loco moveri possit, tale argumentum for-
matur. Quibuscunque locis potest agi actione pura, ubi obligatio pura est, iis-
dem potest agi actione arbitraria, ubi locus adjectus fuit. Atquia per dd. textus
priori casu quocunque loco potest agi actione pura: ergo, &c. Ratio majoris
manifesta est, quoniam adjectio loci, & facultas permissæ æstimationis arbitrio
judicis, hoc operatur, ut perinde sit, ac si locus adjectus non fuisset: & admisso
eo, quod vult Ant. Fab. posse agi quocunque loco quis reperiatur, ubi obligatio est

pura, hoc utique recte infertur, quod ubi adjectus fuit locus, actione arbitraria, eodem loco quo quis reperitur liceat experiri: cum nec possit dari ratio differentiæ, & ob arbitrium judicis permissum locus adjectus ad fundandam jurisdictionem non attendatur. Ex quo intelligere licet, quam pravo judicio Ant. Faber *d. decad.* 90. *err.* 8. reprehendat Bartolum, quod ille evidenter abutatur duobus istis textibus ad probandam intentionem suam quod actio arbitraria, quocunque loco recte moveatur. Sed & amplius *in d. l.* 43. *de ind.* disputatur & dubitatur, an agendum sit actione pura an arbitraria: quoniam proponitur ibi insula certo loco certo tempore facienda promissa. Licet enim post *Cuiac in l. centum Capua.* 8. *de eo quod cert. loc. tractat.* 2. *ad African.* Ant. Fab. *sæpe d. decad.* 90. *err* 8. existimet, ubi factum promissum est, post elapsum tempus quo fieri potuit, non actionem arbitrariam necessariam esse, sed actione pura extra locum adiectum agi posse, ea tamen opinio liquida non est, sed post multos contendit Donell. *in l.* 2. *de eo quod cert. loc.* hic quoque actione arbitraria esse opus. Priorem quidem sententiam defendimus ad *Treutl p.* 1. *disp.* 23. *th.* 6. *lit. e.* quoniam ubi effluxit tempus faciendi, non amplius ad factum, sed recta ad interesse agendum est, ut probavimus ad *Treutl p.* 2. *de V. O. th.* 1. *in fin.* & cum dationes quidem pares sint, non autem facta, non videtur ad hæc vel eorum subrogatum alio loco arbitraria institui posse, sed aut loco adjecto, aut post moram recta ad interesse agetur: & quanti interest, omnibus locis idem esse videtur: & in hanc rem adduci potest *d. l.* 43. *de indic.* quæ simpliciter ait, eum qui insulam Capuæ certo tempore fieri stipulatus est, eo finito, loco quocunq, ad interesse agere posse: Hæc quamvis ita disputari possint, non tamen deest, quod istis pro sententia Donelli reponatur: & scilicet quod nec in loco adjecto agatur ad factum, sed tantum ad interesse, ut probavimus ad *Treutl. p.* 2. *de V. O. th.* 1. *inf.* quod interesse succedit in locum facti, cujus contemplatione æstimandum: & adeo eum factum in loco nominato commodius expediri potuisse præsumatur, loci quoque adjecti ratio habenda, & ob id alio loco arbitraria actione experiendum videtur. Accedit & hoc, quod utcunque alio in loco insula fieri non possit, quia statim ubi mora facta est, agitur ad interesse, attamen constat quod promissor usque ad tempus litis contestatæ moram purgare, & factum præstando condemnationem eius quod interest evitare potest *leg. si insulam* 84. *de V. O.* ut tanto magis directa & pura actio non debeat alibi intentari. Prorsus ut maxime tempus litis contestatæ consideremus, utique tamen locus de stipulatione detrahi non potest, & novatio tacita in interesse fieri debet salva adjectione loci: quæ res perpetuo impedit, ne alio loco directa actio moveatur, siquidem ut diximus multum interesse potest rei, an hoc vel illo loco opus facere teneatur: & si alio loco ad interesse actionem puram competere velis, illud effeceris, ut perinde habendum sit, ac si hoc ipso loco factum promissum esset. Quod si quis dixerit, nullam alias fuisse rationem dubitandi *in d. l.* 43. *de ind.* Respondebo hanc fuisse quod antequam tempus elapsum est, nec pura nec arbitraria actione agi potest. Ex quibus facile diluitur argumentum Fabri per modum dilemmatis propositum, quod aut agatur de insula facienda, aut de præstando interesse: insula autem non potest fieri alio loco, & interesse ubique æstimari potest, nec necesse est præstari eo loco, quo promissa fuit insula. Etenim videtur hæc argumentatio in eo fundari quod itentidem Faber repetit, ubi interesse actoris vel rei alibi æstimari potest, ibi non esse necessariam actionem arbitrariam: quod jam sæpe falsum esse ostendimus: & pendere hoc à ratione iuris

æ juris quæ proponitur *in l. 1. de eo quod cert. loc.* ne liceat alio loco agere, quam qui contractui adjectus est. Et aut inepta est ratio, aut quam ego non capio, quod præstatio eius quod interest non requirat certi loci adjectionem: etenim nulla quantitatis promissio requirit certi loci adjectionem. & tamen si locus adjectus est, alibi oportet agere actione arbitraria, non quia necesse fuerit locum adiici, sed quia stipulatio hanc legem habet, ut alibi pura actio ex ratione juris locum nequeat habere: & consequenter illa quoq; inepta ratio est, quod eadem sit quantitas & summa ejus quod interest sive Ephesi Capuæ solvatur: hoc etenim nihil ad rem facit, aut prorsus omnis necessitas actionis arbitrariæ tollitur. Sed hoc attendendum hic est, quod interest rei factum potius in loco adjecto quam alibi præstare, ut proinde nec interesse quidem quod in locum facti subrogatur actione pura extra locum adjectum præstari queat. Quæ scilicet eo pertinent, ut ostendamus, quod Barr. recte textus illos pro sua opinione adduxerit. Ad eos autem ita respondendum puto, quod verba, *quocunque loco, quolibet loco, ubique*, sint accipienda civiliter, & explicanda secundum rationem juris, adeoq; restringenda ad illa loca in quibus ex eadem iuris ratione forum sortimur: quod eo minus absurdum videbitur, si cogitemus 1. tria esse loca ordinaria, locum domicilii, contractus, & eius in quem destinata est solutio. 2. quod pro diversitate variarum specierum & rerum petendarum insuper alia quoq; sint loca, in quibus actio institui potest, ut colligere licet ex *tit. C. de iurisdict. cum multis seqq. & ex toto tit. D. d. iud.* & quod nominatim hæres etiam forum sortiatur ex persona defuncti iuxta *l. hæres. 19. in pr. de iud.* & quod adeo ICti in antecitatis textibus indefinite sint loquuti, ut sub iis in verbis quæcunq; tandem loca, habilia scilicet & iure nostro probata comprehenderent, non vero propterea reum ubicunq; repertum conveniri posse significarent, cum præsertim ita oppositive ad locum adjectum loquantur.

Et hæc quidem de hac specie actionum arbitrariarum, præcipue ad refutandos errores Fabri disserere visum fuit: cætera enim quæ ad explicandam istam rem pertinent, tradita sunt *ad Treutl. p. 1. disp. 23. th 3. & seqq.* hoc saltem, in quo *th. 6. lit. b.* typographicæ operæ errorem & mendum admiserunt, addere libet, quod cum interesse sit accessorium, super eo postquam sors debita soluta & accepta est, agi amplius non posse *l. ult. de eo quod cert. loc.* utcunque creditor accipiens sortem protestatus fuerit super interesse. & se eius nomine actionem salvam esse velle. Barr: quidem *in d. l. ult. col. ult.* distinguit an creditor ita accipiat sortem, ut simul expresse liberet eum, ut cum nihil ei prosit protestatio: an vero simpliciter accipiat sortem, ut tunc protestatio conservet ius protestantis nec prorsus censeatur liberatus debitor, nec ab ipsa sorte, sed huius petitio remaneat propter interesse: nam & in specie *l. 2. § Idem Iulianus: 7. de eo quod cert. loc.* ubi sors soluta fuit, superest petitio eius quod interest ita videlicet ut ad fundandam actionem totum petatur, licet interesse tantum præstetur, quomodo etiam locum illum accipit Bart. cum alias ea in re Julianus & Marcellus dissensisse videantur. Sed specialis iste casus est in quo solutio facta est adjecto & alio loco contra formam stipulationis non consentiente creditore. cui adeo merito succurrendum est ne interesse amittat: cæteroquin si ipse creditor sponte sua acceperit sortem, quo facto ex ratione juris sequitur liberatio, verius est contra Bart, quod protestatio actionem conservare non possit, quod etiam probant *Bald. Castr. & Salic. in dd. textib.* plura etiam dicemus in exercitationibus nostris ad Fabrum, quas iam affictas habemus.

COROL-

COROLLARIUM.

PRomiſimus ſupra nos corollarii loco errores Ant. Fabri quos commiſit *lib. 15. conject. c. 1.* refutaturos eſſe. Præſcriptio & titulus Capitis ita habet: *de iudiciis bonæ fidei, stricti & arbitrariis generalia quædam, nec minus tamen ſingularia*, oſtendemus ea inepta & falſa eſſe. Ait. 1. recte loquentibus tantum tribui poſſe actionis nomen, actionibus in perſonam. Hoc quidem ſingulare non eſt, quippe expreſſe traditum *in l. actio. 28. de O. & A.* quod tamen magis exiſtimo eſſe ex Iuriſprudentia Romana, quam ex proprietate verborum: ſive enim actionem deducas ab eo quod quaſi rei inviti in iudicium agantur, ut putat Theophilus, ſive quod eum reis iure agatur, ut notavimus diſput. 1. nihil eſt quod hoc nomen impediat tribui actionibus in rem: quomodo & paſſim in iure noſtro appellantur, & Iuſt. definitioni actionis ſtatim ſubiicit diviſionem, in rem & in perſonam, Faber autem hoc modo aſſertionem ſuam probat: quicquid proprie eſt actio, id naſcitur ex obligatione: atqui actio in rem non naſcitur ex obligatione: ergo &c. Reſp. majorem eſſe falſum ſi obligationis verbum proprie accipiatur, neque ulla ratio dari poteſt iſtius conſequentiæ. Ait porro, hinc elegantem naſci differentiam inter actiones perſonales & reales: in illis enim condemnari reum, quia naſcantur ex obligatione, ſed in his non condemnari. Dico iterum nullam eſſe conſequentiam: quoniam ut quis condemnari poſſit & dicatur, non neceſſe eſt eum in ſpecie eſſe obligatum, eo ſenſu, quo ex obligatione actio in perſonam naſci dicitur, ſed ſufficit quem teneri ad aliquid præſtandum: atqui reus conventus actione in rem probato iure actoris tenetur rem reſtituere, ergo etiam recte dicitur condemnari, dum videlicet jubetur rem reſtituere: quod in priori parte diſputationis huius ſatis confirmavimus. Pergit Fab. quod ſi reus non pareat iuſſui de reſtituendo condemnetur propter acceſſiones & fructus, ſed res auferatur manu militari. Hoc quidem ex *l. qui reſtituere. 68. de rei vindic.* oſtendimus extra ordinem fieri: & Ant. Fab. poſtea contrario errore hoc nunquam ex ratione iuris fieri poſſe concedit. Ait, condemnationem fieri ſuper fructibus à tempore iudicati perceptis: & proculdubio intelligit tempus quo arbitrium de reſtituendo interpoſitum fuit. Atquin qui dicitur judicatus, recte etiam dicitur condemnatus: illud autem falſum eſt, quod in *l. 68. de rei vindic.* tantum intelligantur fructus qui ſunt percepti poſt juſſam reſtitutionem. Inde deducit aliam differentiam inter actiones perſonales & reales, quod illic detur condemnatus à lege & iudice dilatio, intra quam ſatis fiat iudicato, non autem hic niſi ex magna cauſa & ſub cautione, & addit rationem quia hic rei non ſint condemnati. Totum hoc ineptum eſt, quoniam non dependat ab eo quod præmiſit de obligatione aut etiam condemnatione, quoniam ut dilationi locus ſit, ſufficere poteſt ut quis iuſſus ſit aliquid facere & reſtituere, ut maxime fortaſſis proprie & in ſpecie condemnatus non dicatur: & falſum eſt quod ex omni actione perſonali condemnatis detur dilatio ſed earum demum indulgentur, ubi condemnatio facta eſt in pecuniam, quæ tam cito expediri non poteſt: cæteroquin ſi quis a[d] ſpeciem quam penes ſe habet condemnatus ſit, ea protinus ſine ulla dilatione & mora reſtituenda eſt, ſiquidem ponas cum Dd. reum ad ſpeciem ex cauſa obligation[is] dandi vel etiam tradendi præciſè condemnari poſſe, de quo alibi diſputatur. Et erg[o] dilatio hodie quadrimeſtris non pendet à qualitate actionis ſed à qualitate rei quæ [...]

in co

in condemnatione: & si in actione reali condemnationem in specie ad finalem consideres, ut præstatur quanti actor in litem juraverit, omnino dilatio ista reo indulgenda erit: quod si ultra jussum non procedatur, protinus res manu militari aliquando extra ordinem auferatur, aut si actor ordinario jure uti & in litem iurare malit, utique aliqua dilatio, antequam iuretur, intercedit, quemadmodum in actionibus bonæ fidei in quibus iuratur in litem: sed ea dilatio arbitraria erit. Obijcit sibi inde Faber quod utique iudex in rei vindicatione possit absolvere reum, ergo eum & posse condemnare arg. *l. nemo. 37. de reg. iur.* Respondet ille, valde scilicet, subtiliter & ut ait noviter, quod regula ita se non habeat, sed converso modo, ut qui potest condemnare etiam possit absolvere: atq; ita existimat quædam iudicia eius esse naturæ, ut iudex absolvere possit, condemnare non possit: hoc quoque insubtiliter & falso: sive intelligas iussum de restituendo, quod & ipsum condemnatio est, sive finalem sententiam, quæ utique proprijssime condemnatio est. Nec minus ineptum est quod hic refert vulgatum illud, omnia judicia esse absolutoria, non autem condemnatoria, ut inde inferat in omni iudiciorum genere reum absolvi posse, sed non æque condemnari posse. Etenim constat, quo sensu iudicia dicantur absolutoria, quoniam reus satisfaciendo actori efficere potest, ut ne condemnetur, sed absolvatur, ut docet *Iustin. in §. ult. Iustin. de perpet. & tempor. act.* cæteroquin quatenus omnis formula ita concipitur *si paret reum debere, condemna*, ex hypothesi factæ probationis, & non secutæ satisfactionis, omnia iudicia condemnatoria dici possunt: & si adeo in quavis formula hæc est adjecto *si paret reum debere, condemna*, quod certissimi iuris est, utique nullum erit iudicii genus, in quo reus non possit condemnari. Subiungit porro Faber ex his fieri, ut in actione personali iudex nesciat in quid & quantum debeat condemnare. Hoc vero nec ex præmissis sequitur & pene falsum est si ius nostrum consulamus, quo distinctæ sunt actiones bonæ fidei & stricti iuris, itemque disputationibus JCtorum satis definitæ præstationes iudiciorum bonæ fidei, ut vix amplius locus sit sententiæ Ciceronis, qui existimat magni iudicii esse definire, quantum & quid sub clausula *ex bona fide*, contineatur. Illud porro Faber minime singulare, sed vulgatum est, quod in quibusdam iudiciis strictius agatur, quædam latiorem & uberiorem interpretationem accipiant, ut docuimus *disput. praced. de bon. fid. iud.* & ibi probavimus, hanc differentiam quæ in actionibus & formulis spectatur & observatur, & ipsa natura conventionum dependere: ut prorsus falsum sit quod Ant. Fab. scribit, non fieri ex natura obligationis quod pleniores sint præstationes, sed tantum ex officio iudicis: cum enim in quaque re prima caussa tanquam principalis sit consideranda, puerile est adscribere hoc officio iudicis, exclusa natura conventionis, quæ nisi talis præstationes desiderasset, nunquam officium iudicis tale esse potuisset, nec prætor eiusmodi formulam dedisse. Sed scilicet Faber securus sui & incertus quid scribat, cum negasset, id fieri ex natura conventionis, mox subjicit, quod natura obligationis talis sit, ut officium iudicis admittat. Illud quoq; protritum est quod addit de fructibus in stricti iuris iudiciis post litem contestatam præstandis: quamvis arguetur Faber hoc non esse ex ratione juris, sed ex consuetudine & vulgo receptum dicatur *l. 2. de usur.* quasi vero nulla quæ accepta dicuntur, habeant aliquam iuris rationem, cuiusmodi sane elegans ibi redditur, quod quale unumquodq; est cum petitur tali dari debet: in qua quidem ratione Ant. Fab. alibi in postrema parte Chiliadis in tractat de æstimatione rei nescio quæ commenta & absurda superstruit. Istud quoque vulgo receptum

est apud Dd. quod secus sit in usuris, quæ nec post litem contestatam quidem ita stricti juris judiciis deberi incipiant: ut ego nesciam quinam sint illi pragmatici, quos tanquam contrarium statuentes reprehendit Faber sub fin. cap. quædam in specie de arbitrariis actionibus addit, quod scilicet in iis condemnatio fiat ex nulla obligatione præcedente, at ne officio iudicis quidem, sed ex solo arbitrio judicis, quod loco obligationis sit. Cum autem Ant. Fab. in personalibus actionibus tantum locum faciat condemnationi, oportet eas intelligi actiones arbitrarias, quæ sunt actionis in personam, & adeo præcipue illas, quæ alio loco moventur. In his autem nullam obligationem præcedere plusquam evidentissime falsissimum esse supra probavimus. Ex altera & priori specie actinnum arbitrariarum actio quod metus causa, cum sit ex delicto, utique ex obligatione est: actiones autem in rem arbitrariæ non sunt ex obligatione proprie dicta, sed ex iure reali, V. C. dominii vel pignoris, quod probato tenetur reus restituere: ut & hic falsum sit quod condemnatio nascatur ex arbitrio iudicis: nisi hoc unico casu quo reus non paret ei arbitrio: ut adeo tamen & hic condemnationi non tam arbitrium proprie loquendo, quam contumacia præbeat causam. Nec quicquam facit pro Fabr. quod à Iustin. traditur in §. *praterea* 31. *Instit. de act.* quod actiones hæ pendeant ex arbitrio judicis, cui nisi satisfiat, reus condemnetur: sicut nec quod addit, non ideo dici actiones arbitrarias, quod arbitrio iudicis fiat condemnatio, sed nisi arbitrio judicis pareatur. Etenim hæc partim falsa, partim ambigua sunt: nam imò ideo arbitrariæ dicuntur, quoniam arbitrium iudicis præcedit & iussum, quod sæpe ostendimus recte dici condemnationem primam, cui si non satisfiat, sequitur condemnatio secunda finalis, hæc causam habet contumaciam, illa autem causam aliam in iudicium deductum: nec quicquam falsius est quod Anton. Fab. ait, iudicem hic nihil aliud facere posse, quam ut arbitretur, quod si bonum & æquum videtur, quippe de ea re aditus, quæ nec obligatione ulla nec officio iudicis contineatur: etenim cogitur iudex arbitrari secundum naturam actionis, quæ habet præexistentem sufficientem materiam & causam ex qua instituatur & moveatur, veluti dominium aut ius pignoris, quæ qui negaverit esse causas agendi, helleborosus est: & tamen negat Fab. hic aut obligationem, aut causam aliam agendi vel implorandi officii iudicis superesse. Illud frigidum est, quod in extremo cap. emendat *l. qui restituere. 68. in si de rei vindic.* & vult legi, *ubi quid non restituitur*: quivis enim intelligit, quod verba affirmativa hanc habeant sententiam, ubi quid de restituendum venit. Pene exciderat, quod sub princ. cap. persecutiones quæ *in l. 28. de O. & A. & in l. pecun. 178. vir. actionis de V. S.* actionibus cæteris opponuntur, ita describit, quod sint in personam scriptæ, sed ad rem persequendam: quasi sicut dicimus quasdam actiones personales in rem scriptas, ita persecutiones hæ non sint in rem sed in personam scriptæ. Quod novum actionum in iure nostro monstrum est, quod confinxit Fab. ex nimis crasse intellecta *d. l. 28. de O. & A.* Sed scilicet persecutiones sunt actiones extraordinariæ, prætoriæ cognitionis, quæ iuxta *d. l. 28.* non omnes in rem nec omnes in personam, sed quædam in rem sunt, quædam in personam, vere scilicet, ut tamen nihilominus, sicut quæcunque aliæ actiones in personam propter rem aliquam dentur, vel quod non sint pœnales, sed rei persecutoriæ: ut adeo verba, *rei persequenda gratia*, nimis absurde explicaverit Fab. quasi significent actionem in rem,

Hæc sunt amice lector, singularia & subtilia Fabri.

DISPV

DISPVTATIO
SIVE
DISSERTATIO VIII.
DE ACTIONIBVS
PRÆTORIIS IN
PERSONAM.

THESIS I.

Actiones prætoriæ varie dividi possunt *a*) sed nobis eam divisionem hic exequi propositum est, qua à causa efficiente aliæ dicuntur esse ex facto proprio, aliæ ex facto alieno *b*.)

Veluti quod sint aliæ nativæ aliæ dativæ, de qua distinctione actum est in superioribus disputationibus: item quod aliæ sint ordinariæ, alia extraordinariæ & subsidiariæ: quamvis respective & relatione ad ius civile actiones prætoriæ videri possint extraordinariæ.

b) Distinctiones modo relatæ, & si quæ sunt aliæ, competunt etiam actionibus civilibus, sed ista quam hic proponimus videtur actionibus prætoriis propria: quoniam à Iuris civilis ratione alienum videtur, ut quis ex facto alieno conveniatur *arg.* §. *actiones*. 10. *Instit. de act.*

III.

Factum hic intelligimus delictum & conventionem: adeoque primo nascuntur actiones prætoriæ in personam ex conventione vel alterius vel propria, cuiusmodi est actio de constituto & ex iureiurando.

Non est nobis propositum omnes actiones prætorias persequi, sed præcipue attingere eas, quæ *sub tit Instit.* continentur: veluti duæ hæ actiones, *in* §. *in personam*, 8. *iuncto* §. 9. *&* 11. *de action.*

III.

Actio de constituto est actio in personam prætoria quæ datur contra eum, qui debitum sive proprium sive alienum *a*) sive naturale sive civile *b*) pacto nudo *c*) se soluturum promisit sive constituit *d*)

a) Hac in re differt constitutum à fideiussione, quæ semper est debiti alieni: eaque differentia fere sola hodie superesse videtur, postquam ex pacto nudo actionem dari, eoque etiam fideiussionem sine stipulatione efficacem esse, vulgo receptum est. *b)* De debito naturali testatur *l. 1. §. debitum 7. de constit. pecun.* debitum civile intelligo secundum usum iuris, quod & ad agendum & ad iudicatum faciendum debitorem efficax est, quod mixtum appellari solet: quod enim civile tantum & nudum appellatur, non esse obiectum habile constituti docet *l. 3. §. 1. de constitut. pecun.* vbi dicitur si quis constituerit quod iure proprio non debeat, quod scilicet quo minus solvere cogeretur, exceptione perpetua defendi poterat, propter sublatum nimirum vinculum æquitatis *l. 95. §. 4. de solut. in pr. & §. 1. cum 4. seqq. Institut. de except.* eum constituendo non teneri. Vbi laborat *Iaso. in d. §. in personam num. 31.* in expedienda objectione, quæ sumitur ab exemplo fidejussionis, quam ipse non dubitat accedere posse obligationi civili tantum. Et censet adeo Jas. aut investigandam rationem differentiæ inter fideiussionem & constitutum, aut quærendam responsionem *ad d. l. 3. §. 1.* videlicet si quis defendere velit quod etiam constitutum obligationi civili nudæ accedat. Sed est imperfecta enumeratio, & datur tertia sententia, quod nec fideiussio accedat eiusmodi obligationi civili; quam nullo modo oppugnant textus citati à *Iason. in §. 1. Institut. de fideiussor. l. fideiussor. 16. §. 3. D. eod.* quoniam ubi iuxta perpetuum usum juris obligatio civilis significat mixtam: sicut nec quicquam facit quod in *in l. 1. de fideiussor.* omni obligationi dicitur accedere fideiussor: quoniam intelligenda est obligatio habilis saltem ad retentionem, ut *docet l. 6. §. ult. cum l. seq. de fideiussor.* qua de re pluribus egimus ad *Treutler. de fideiussor. thesi 3. lit. c.* verissimum plane est quod *Iohan. Fab. in d. §. in personam*, censet quod huiusmodi obligationi civili tantum possit accedere fideiussor, quæ non repellitur exceptione, veluti obligatio ex iudicato, ubi reus per iniuriam condemnatus fuit: item obligatio ex litteris post biennium: quam sententiam ad *Treutl. d. l. ex Bart.* & aliis confirmavimus, ubi etiam ostendimus, quod hæc obligatio non satis commode dicatur civilis tantum, sed potius præsumtive mixta, quoniam & pro sententia præsumitur ut pro veritate habeatur, & pro chirographo ut vere pecunia numerata credatur, negata ob id post biennium exceptione non numeratæ pecuniæ. Jas. tamen *num. 40 & 41* magis probat ut distinguamus inter constitum & fideiussionem, & hanc rationem diversitatis ex Bart. reddit, quod indebitum iure prætorio & ita debitum civiliter tantum, non possit esse objectum habile remedii quod descendit ex iure prætorio.

Verum cum iuxta *d. l. 3. §. 1.* indebitum iure prætorio dicatur, cuius petitioni obstat exceptio propter defectum æquitatis & vinculi naturalis, & ipse prætor qui custos æquitatis est exceptionis concedat & formulæ inserat, ead. ratione prætor repellet eum, qui agit contra fideiussorem debiti mere civilis. Recte autem Jas. ibid. improbat eos, *quid. l. d. 3.* restringunt ad casum quo quis scienter indebitum constituit: cum enim solvens non repetat, consequenter etiam promittens teneri videatur: quæ collectio in his terminis procedere videtur ex ratione *l. cuius. 53. de reg. iur.* & hodie utique, postquam nudo pacto donationis nascitur actio: quamvis dissentiat *Ioh. Fab. in h. §. in personam*, ubi regulam *d. l. 53.* refert ad casum, quo ex causa principali sciens quis in debitum promisit, non vero ex causa accessoria: ubi defecit principalis, sine qua accessoria necesse esse nec intelligi potest. Et tamen ea ratio non valde movet, quoniam constitutum licet accessorium

sepa-

separatam tamen, & seorsim per se subsistentem inducit obligationem, ut ad præsumendum animum donandi scientia indebiti sufficere possit. Sed ista sunt alterius loci: prorsus admitti non potest, *ut l. 3 § de const. pecun*: de hoc solo casu accipiatur, cum ratio Iuriconsulti ibi fundetur in defectu vinculi æquitatis, & iure exceptionis qua repellitur actor: quæ ratio generalis & haud dubie locum habet, ubi ab ignorante debitum istud civile nudum constitum fuit. *e*) Ita *Iustin. in § de constituta. 9. I. de act. alioquin*, inquit, *si stipulanti promiserint, iure civili tenentur*: ex quo Dd. communissime referente *Iasone in d. §. in personam numer. 21. & seqq* statuunt, si ita conventum sit, *constituis te soluturum, constituo*, nec esse actionem ex constituto, non competat & sufficiat actio ex stipulato: pro qua opinione *Petrus de bella Pert. & Iohan. Fab.* hoc argumento utuntur, quod remedium tendens contra regulas juris civilis, actio videlicet ex nudo pacto, non concurrat cum remedio ordinario juris civilis qualis est actio ex stipulatu. Attamen Jacobus de Buttig. referente eod. Jaf. admisit concursum actionis de constituto & actionis ex stipulatu, quod alias valde constringeretur usus actionis ex constituto: & respondit ad d. §. quod ibi oppositionis hic sit sensus, ut ubi nulla facta est stipulatio, sola sit actio constituti, eaque tum necessaria, non autem propterea positis terminis habilibus per actionem ex stipulatu excludatur: sed & possit videri Justinian. respexisse ad vulgares & alios stipulandi modos, non eos qui incidunt in formam & causam constituti. Quod attinet rationem Joh. Fab. putat eam Jaf. contra Fab. retorqueri posse, quod cum actio de constituto hic nascatur ex stipulatione, tanto facilius cum actione ex stipulatu concurrere possit. Verum aut ego valde fallor, aut valde insubtilis hæc retorsio est: etenim vis objectionis in eo consistit, quod ubi ius civile concedit actionem, ibi cesset effectus & operatio edicti prætoris, ex quo contra regulas iuris civilis ex pacto nudo datur actio, & adeo probabiliter tantum in subsidium, & in casum necessitatis, ut proinde retorsio Jaf. vitiose præsupponit, quod hic nascatur actio constituti. Cæteroquin alio modo ea objectio removeri posse videtur, videlicet, quod ubi est remedium iuris ordinarium, non introducatur de novo remedium extraordinarium contra regulas iuris civilis: sed postquam in subsidium & in casu necessario quo deficiebat aliud remedium, semel introducendum & introductum fuit, citra absurditatem ei locum concedi cum remedio ordinario iuris civilis: id quod exemplo bonorum possessionis contra tabb. ostenditur, quæ initio introducta pro emancipatis qui exclusi erant iure civili, postea etiam fuit producta ad suos. Sed aliud hic magis anxie inquiritur, quæ ratio sit, quæ hic ex pacto nudo suaserit dari actionem. Et una ratio gl. quoniam qui constituit, decem dierum spacium ad solvendum habeat: tanquam manifesto nulla, merito ab omnibus improbatur. Communius placuit, quod effectum hunc operetur geminatio, quod constitutum fiat super obligatione antea contracta: ex quo & illa vulgata cum opinio ortum traxit, quod ex pacto geminato actio nascatur: quoniam cum grave sit fidem fallere, bis fallere longe sit gravius: eamque sententiam & auctoritatibus & exemplis confirmat *Iaso. in § in personam 8. h. t. num. 66. & seqq.* Sed ipse tamen ibidem contra illam rationem disputat quod tantum procedere videatur, ubi quis proprium debitum constituit, aut si accomodari debeat ad eum quoque qui constituit debitum alienum, futurum sit, ut etiam fideiussor ex nudo pacto teneatur, siquidem hoc solum, quod alia obligatio præcessit, consideretur. Et idem Jaf. contra opinionem communem, quod ex pacto geminato nascatur actio

disputat in *l. si pacto* 14. C. *de pact.* tum ex illo ipso textu in quo cum requiratur stipulatio post pactum, ut pœna exigi possit, infertur à contrario sensu, non sufficere pactum iteratum: tum ex *l. si veritas*. 23. C. *de fideicommiss.* iuxta quam ut legata non solenni testamento relicta, & ita naturaliter debita peti posset, requiritur vel approbatio vel stipulatio. Ad hoc tamen posterius non difficilis responsio est, quod obligatio naturalis ex testamento non solenni, consistat in terminis nudis iuris gent. & cuiusque conscientiæ & honestati sit relicta, ut proinde non possit sufficere pactum nudum adjectum ad producendam actionem, sicut eadem de causa ita debitum per errorem solutum, condicitur, cum alias iure nostro non uno loco tradatur, quod natura lis obligatio inhiberi soluti repetiqnem. Sed tamen vulgata illa sententia quod ex pacto geminato nascatur actio, nullo textu iuris confirmatur, neque ad eam probandam sufficere potest exemplum constituti: utique etiam plura pacta separatam habent naturam, nec unum alteri fomentum aut vestimentum præbere potest. Et *Ias. quoque in d. l.* 14. C *de pact. numero* 6. eam opinionem Dd. improbat, & recte docet, non protinus inferre posse à constituto, quod ob id omne pactum iteratum pariat actionem: tum quod necessarium hic sit, ut adsit animus constituendi, tum quod constitutum censeri possit contractus nominatus: quod etiam in terminis Bart. tradit *in l. iurisgen.* 7. §. *igitur nuda. de pact.* ubi num. 2. sub fin. ait se existimare, quod constitutum sit contractus nominatus & legitima conventio. Sed nimirum alibi ostendimus ad Treutl. pacta legitima & contractus male confundi, neque à solo nomine causam actionis desumi posse: cæteroquin facile concedo, quod constitutum possit dici pactum legitimum, verbis generalius sumtis, & quatenus ius prætorium utique post confirmationem Justin. legis instar obtinet neque enim dubitari potest, quin constitutum speciali confirmatione prætoris pariat actionem: in quam sententiam *Ias. in §. nostro. numer.* 52. minus periculosam esse ait Iacobi Buttig. opinionem, quod constitutum pariat actionem, qua sit formentarum à iure prætorio. Et est hæc sane ratio proxima & immediata: sed ulterius quæritur, quæ sit ratio rationis, & cur prætor hoc pactum in specie ad actionem confirmaverit: reliqua in natura sua reliquerit cum tamen omnia pacta nitantur æquitate, quæ etiam prætor in *l.* 7. §. 7. *de pact.* se servaturum promittit, ut non tamen propterea actionem ex iis concedat: ad quam quæstionem decidendam, non sufficit quod ex Buttigario affertur. Fortassis prætorem movit, quod constitutum accessit est alterius obligationis, ut tanto minus offendatur regula iuris civilis, quæ ex pacto nudo negat nasci actionem, adiuvante etiam aliquid exemplo fideiussionis, cum iure prætorio solennitates illæ verborum non videantur attendi: & præcipue videtur prætor usus fuisse colore & prætextu nominis huius, *constituti*, cum ipse quoque Jurisconsultus in *l.* 7. § 1. *de pact.* causam agendi à nomine mutuari videatur.

d) Non tantum si constituerit se soluturum, sed etiam si constituerit alium soluturum: quam sententiam Bart. refert *Ias. num.* 34. & confirmat ex *l. qui autem* §. 2. *de constitut. pecun.* ubi valet constitutum quo quis certam personam pro se fideiussuram constituit: vide Ias. textum in *l. eum qui* §. 4. *eod.* quæ contradicere videtur, de eo accipit qui constituit Titium soluturum pro tertio. Et ista quidem responsio & explicatio satis commoda est, sed mihi tamen non probatur illa opinio Bartol. quoniam iure communi huiusmodi promissio nulla est: etenim quod Bartoli illud constitutum ita accipit, perinde ac si constituisset se curaturum ut tertius satisfaceret, hinc refutatur: Quod huiusmodi stipulatio *promissis*

Sti-

Stichum daturum; & hæc, *promittis te curaturum ut Stichus det*, certo iure inter se opponuntur, ut prior inutilis, posterior utilis esse tradatur §. *si quis alium. Institut. de inutil. stipul.* ideo quidem ut *Iohan. Fab. in d.* §. nec iuratam quidem illam stipulationem valere dicat: & licet ei hactenus contradicat *Ias. in* §. *item si quis* 11. *Institut. de act. num.* 14. hoc tamen inter omnes constat, remoto iuramento eiusmodi stipulationem irritam esse. Porro inepta & falsa esset ista oppositio, si hæc promissio, alium daturum, semper ex ratione iuris ita explicanda esset ac si quis promisisset curaturum ut alius daret; neque hic ratio differentiæ inter constitutum & stipulationem idonea & sufficiens reddi posse videtur, quia potius utrobique militat ratio iuris, iuxta quam regulariter obligatio in personam tertii collata, promissionem facit nullam. Neque movet *d. l.* 14. §. 2. *de constit. pecun.* quoniam qui promittit certam personam pro se fideiussuram, nihil aliud promittit, quam se daturum fideiussorem, quod est facti proprii, sicuti quævis cautio quam quis præstare iure obstringitur. Cætera ad materiam constitui pertinentia, proprio loco tractantur.

IV.

Actio ex iureiurando est actio prætoria in personam *a*) quæ datur ei, qui delatione præcedente sibi pecuniam debere iuravit *b*.)

a) Refertur ista actio diserte à Iustin. inter actiones personales *in* § *in personam.* 8. *Institut. de act. & in l. actori. C. de rebus creditis.* dicitur in factum, cuiusmodi actiones natura sua personales esse supra probavimus: & *Iustinian. in* §. *Item si quis.* 11. *Institut. de action.* videtur non obscure hanc actionem restringere ad casum, quo quis pecuniam sibi deberi iuravit: quod actionum in personam proprium est: cui accedit comparatio huius actionis cum actione iudicati, *l. post rem.* 56 *de re iudic. d. l.* 8. *C. de reb. cred.* quæ sine controversia personalis est. Et tamen scrupulum hic movent textus in *l. nam &* 9. §. *ult. l. sed si* 11. *in pr.* §. 1. & 3 *l. si duo.* 13. §. 1. *de iureiurand. l. sed et si* 7. § *si petenti.* 7. *de Publiciana*, qui textus ostendunt etiam ex causa actionum realium esse locum actioni huic. Nam dicitur dari utilis actio in rem post iuramentum præstitum, pariter ut ex caussa debiti personalis post iuramentum præstitum, actio utilis emto, pro socio, pigneratitia, vel de dote competere dicitur, *d. l. si duo* 13. *si quis.* 3. *cum* 2. *seqq. de iureiurand.* & cum utilis actio ut plurimum qualitatem actionis denotet, tanto rectius concludemus, ex quacunque causa iuratum sit, sicut & iusiurandum hoc effectu ad omnes res locum habere dicitur. *l. iusiurandum.* 34. *in pr. de iureiurand.* huic actioni esse locum præsertim si verum est quod disputavimus ad Treutler. *de iureiurand. thes.* 8. istam actionem non tam novam, quam potius actionis pristinæ in iudicium deductæ, esse qualitatem. Vt hæc sint apertiora, quid de hac actione vulgo Dd. statuant & quid iuris, sive in reali sive personali actione iuratum sit, esse opinentur, distinctius explicandum est. Et quantum colligere licet ex *gloss. in* §. *Item si quis.* 11. & *ibid. Ias. Inst. h. t. n.* 41. & 42. statuunt illi communius quod si iuramentum præstitum sit super actione reali competat actio utilis in rem & actio in factum ex iureiur. has enim actiones illi distinguunt: circa actionem personalem subdistinguunt, quod autem iuratum sit informiter, ubi petitio non

non habuit certam expressam caussam, ut hic tantum locus sit actioni in factum: aut formiter, & hic tantum concedunt actionem utilem ex caussa super qua iuratum est. Hæc sententia & distinctio, quantum ego deprehendere possum hac fulcitur & nititur ratione: quod ut ego explico, ex causa actionis in rem, qua quis intendit simpliciter in rem suam esse, iurari videtur simul & formiter & informiter: hoc quidem si verba simplicia intentionis considerentur quibus rem suam quia esse dicit & restitutionem perit: illud vero, quia implicite semper causa adiecta intelligitur: quoniam ut est in *l. & an* 14. §. 2. *de except. rei iudic.* qui in rem agit etiam non expressa causa ex qua res ipsius facta sit, nihilominus tamen omnes causas ipsa petitione apprehendisse videtur, quoniam non amplius quam semel & non nisi ex una causa res mea esse potest. Istud autem pro concessa ponunt Dd. quod actio in factum ex jureiurando tantum locum inveniat, ubi informiter est iuratum, ubi autem formiter, actionem priorem superesse cum nova qualitate tamen, propter quam utilis appellatur: & cum adeo in actione reali & informiter & formiter implicite intendatur & iuretur, utrique actioni locum faciunt Dd. At vero, cum ex plurimis causis res eadem mihi deberi possit, *d. l.* 14. §. 2. *de except. rei iudic.* non potest videri qui in personam informiter agit, certam aliquam vel implicite causam introduxisse: eoque secundum Dd. tantum competit actio in factum, & ex adverso, si iuratum est formiter tantum actio ex contractu utilis: quam Dd. opinionem, quod hic cesset actio in factum, communem imò communissimam refert *Iaso in d.* §. 11. *Instit. h. t. num.* 45. à quo tamen ipse (nam in priori casu juramenti informiter præstiti omnes consentire videntur) post Johan. Fab. dissentit num. 46. & concursum utriusque actionis, ex contractu & in factum, admittit, adjecta etiam n. 47. hac ratione, quod remedia prætoria, postquam scilicet semel introducta sunt, ut paulo ante notatum, habeant etiam locum in casu non necessario. Sed hac in re ille primo error Dd. ab aliis iam notatus est, quod putant actionem personalem moveri posse informiter: id enim rationi iuris nostri prorsus repugnat, secundū quam reus primo omnium ad album prætoris ducendus, eique qua actione acturus quis esset, demonstrandum, aut utiq; causa agendi in iure apud prætorem proponenda, & secundum eam formula conveniens concipienda erat: cæteroquin non potuisse deliberare reus, an contendere an cedere vellet: neque ex iure Justiniano induciæ viginti dierum alii fini dantur, *iuxta auth. offeratur C. de lit. contest.* nisi ut deliberet, cedat ne an contendat: & consequenter necesse est falsum sit, quod in casum iuramenti informiter præstiti, prætor introduxerit hanc actionem, siquidem nulla est informis actio. Potest & iste error Dd. notari, quod putant in casu formiter præstiti iuramenti super actione personali sufficere actionem priorem: secundum quam opinionem qui iuravit gravaretur onere probandi iuxta naturam actionis: quod etiam Jas. movet, ex quo colligi quodammodo potest, eos requirere iteratas probationes: cæteroquin facile responderi potest, quod vetus actio induat novam qualitatem, ut tantum quæratur an iuratum sit nec ne. Ille quoque hic circa actionem in rem notandus est error *gloss. in* §. 11. *Institut. h. tit.* quod si quis iuraverit rem suam esse, & secundum iuramentum istud res à non domino ei tradita fuerit, habeat Publicianam contra omnes, contra quos alias ea actio datur. Refutatur enim hoc tum *ex l.* 9. §. *ult. de iureiur.* tum in terminis *ex l.* 7. §. *si petenti.* 7 *de public. act* quam gl. inepte ita accipit, quasi tantum excludatur ibi dominus vetus: ut bene & late contra gl. post Joh. Fab. disputat *Ias. in d.* §. 11. *n.* 51. Et ratio, propter quam a-

actio

ēti tantum datur adversus eum contra quem iuratum est, hæc peremptoria esse videtur: quia iuramentum non potest præstare verum titulum contra quoscunque sed tantum contra eum qui detulit, à qua delatione pendet vis iuramenti, *l. 3. in pr. de iureiur.* vel hoc argumento, quod si quid detulit iusiurandum remittat, pro præstito habeatur, *l. 5. §. ult & l. 6. de iureiur.* ut proinde contra tertium iuramentum non possit producere effectum. Sed ut ad quæsitum nostrum principale redeamus, secundum ea quæ diximus ex traditionibus Dd. videtur actio de qua hic tractamus, non tantum esse personalis: quamvis enim ubi iuratum est in actione reali tantum contra possessorem qui iuramentum detulit eiusve hæredem habeat locum, attamen licet in eo imitetur naturam actionis personalis, non potest actio personalis censeri, eum competat iure dominii, quatenus iuramentum pro veritate habetur. Iustinianus autem inter actiones vere & propter personales istam actionem refert. & in §. 11. nominatim de pecunia debita loquitur: & ita, si Iustiniano, veritatem constare volumus, actio hæc ad casum iuramenti super actione reali præstiti, referenda non videtur, & adeo laborabit sententia quam proposuimus & defendimus ad Treutl. quod prætor non introduxerit actionem novam, sed tantum pristinæ addiderit novam qualitatem: & omnio vocatur illa opinio in dubium exemplo actionis iudicati, quæ utiq; nova est, & exemplo actionis de confessis, quæ itidem omnino nova esse videtur, cum tamen eadem ratione alias dici posset, eam tantum esse novam qualitatem: & videmus ista inter se comparari, iudicatum esse confessum esse & contra aliqnem iuratum esse, *l. 8. C. de reb. cred l. 56. de re iud.* Neq; quicquam movet quod ad Treutl. *de iuram. thes* 8. probavimus, post iuramentum superesse priorem actionem: nam & ad eundem Treutl. p. e. in materia novationis ostendimus cum Dd. quod etiam post sententiam iudicis maneat prior actio: & si quæ novatio fiat iuxta *l. ult. C. de usur. rei iudic.* ea fit ut Dd. loquuntur, cumulativa: & proinde hæc consequentia non procedat: manet actio prior post iuramentum, ergo ista actio non est nova, quippe quæ omnino diversa statuenda est ab actione priori, quæ longe est inutilior, illa autem utilior, quippe nullam desiderans probationem super principali, sed tantum, quod iuratum sit, & processum pene habebat executivum, de quo late tractat *Ias. in §. Item si quis. 11. h. t. num. 87.* Vnde ex hac causa restitutio datur minori, si actionem iudicati in aliam obligationem & petitionem ordinariam transferri & transfundi passus fuerit, *l. minor. 40. in pr. de minor. 25. annis.* Et hac in re videtur elegans differentia esse inter actiones reales & personales: quod in his per condemnationem inducatur nova actio iudicati, sed non in realibus, adeoq; cesset in his actio iudicati, quoniam ubi V. C. dominus intendit rem esse suam, nulla fit condemnatio super dominio, sed tantum fit dominii declaratio, quod res sit petitoris, quam ob id possessor restituere iubetur: cui iussui aut paret reus, & amissa possessione eiusdem dominii iure vindicatio instituitur: aut non paret, & res vel aufertur manu militari, aut ordinario iure in litem iuratur, & tunc demum pro pecunia actio iudicati datur. Et ergo secundum hæc actio nostra, mere prætoria & eadem nova, non vero prioris actionis nuda qualitas erit, quod posterius etiam vulgo Dd. probant. Sed non levis est scrupulus, quem hic inicit. *l. si duo. 13. §. si quis. 3. de iureiurand.* ubi post iuramentum proponitur actio utilis ex empto & societate, &c. neque enim actio utilis ex empto tota nova esse potest, neque huius veteris actionis naturæ conveniens videtur, ut in ea tantum tractetur an sit iuratum, & ex adverso cum iuramentum sententiæ vim habeat, & novationem

P inducat

inducat, non videtur Iustin. in nostro §. de actione illa veteri, sed potius nova tractatur, quam quilibet in dubio electurus sit propter expeditiorem processum, & faciliorem probandi rationem: & tamen ICtus ita loqui videtur *d. l. 13.* ut post iusiurandum non censenda sit superesse alia actio præter utilem illam ex causa veteri super qua iuratum fuit. Hac de causa *Hottomannus ad l. actor. 8. C. de rebus cred.* distinguit an sit iuratum in iure an in iudicio: ut illo casu procedat *d. l. 13.* & tantum sit locus actioni utili ex causa praecedenti; hic autem rem censeri novatam per rem in iudicium deductam & subsecutum iusiurandum, quo facto actio utilis ad instar iudicati competat. Verum iusiurandum ipsum per se etiam citra deductionem in iudicium habet vim novandi, *l. qui iurasse 26. §. ultim. de iureiurand.* ubi ratio additur, quod proficiscatur ex conventione: neque dubium esse debet, quin edictum prætoris ad illud iuramentum pertineat, quod extra iudicium defertur: & postquam res ad iudicem pedaneum devenerat, etiam præstito iuramento sententiam iudicis sequutam esse, verius est: ex quo falsam existimo sententiam, *gloss. in §. 11 Instit. h. t. in verbo, quaritur*, quam communem testatur *Ias. ibidem num. 16.* quod etiamsi sententia sequuta sit, tamen actioni prætoriæ ex iuramento esse locum. Ex his etiam reiicitur eorum sententia, qui distinguunt inter iuramentum conventionale, ut hic tantum pristina actio competat: & iudiciale, post quod aut non sequatur sententia, & pariter actione pristina sit utendum, aut sequatur, & tunc locus sit actioni utili iudicati, id est in factum prætoriæ, ad instar actionis iudicati directe civilis: Enimvero non est in arbitrio iudicis sententiam ferre vel non, sed aut semper aut nunquam post iuramentum sequetur sententia, ex quibus illud verius esse & ratio iuris suadet, & textus in *l. iusiurandum 34. §. ultim. de iureiurand.* & prorsus absurdum est, ut actio quam prætor introduxit, restringatur ad casum, quo sententia à iudice lata est: cum potius ex diametro contrario modo res se habeat, ut perinde contra eum qui actori iuramentum detulit, actio detur atque si condemnatus esset, quod etiam confirmat *l. 56. de re iudic.* qui textus alias à vitio ineptitudinis liberari non posset. Admittendus cum Dd. videtur concursus actionis prioris, quæ utilitates suas habere potest: *argum. d. l. 13. §. 3. & l. eum qui 30 in pr. de iureiurand.* aut distinguendum an sit iuratum, ut ita loquar super contractu, an præstatione contractus: V. C. si quis ad prætorem vocetur tanquam qui vendidisset rem, potest vel negare contractum, vel confitendo contractum nolle satisfacere conventioni: illo casu si actor iuraverit intercessisse venditionem, non potest agere actione in factum, tanquam contra iudicatum, sed posteriori demum casu, perinde ac qui tantum probavit contractum, nihil aliud facere potest, quam ut actione contractus experiatur, quæ hoc casu erit directa, sed illa utilis, quoniam iuramentum non facit veritatem, sed tantum veritatis inducit præsumptionem: quomodo non dissimiliter responsum est in *l. sed si. 11. §. ultim. de iureiurand.* eum qui iuravit hæreditatem suam esse, utilem petitionem hæreditatis habere.

b) Singula requisita hic persequi, non est nostri instituti, & petenda illa sunt ex loco proprio. Iurasse oportet vel pro iurato haberi, & hoc vel sola authoritate iuris, cuius exemplum ponunt Dd. si quis post susceptum iuramentum paratus iurare, antequam id præstet, moriatur, quam sententiam alibi ad Treutl. dubiam & vix recipiendam diximus; vel voluntate deferentis, si hic iura-

vare parato adversario ultra iuramentum remittat, *l.* 5. §. *ult. cum l. seq. de iureiur.* Non abs re hic disquiretur, quod post *Ioh. Fab. in* §. *Item si quis* 11. *h. t. movet Ias. num.* 51. si V.C. actor dicat se velle credere conscientiæ & fidei adversarii, & hic fide sua se affirmare dicat, an perinde habeatur ac si iuratum esset, & iidem sequantur effectus. Negantem partem defendit Ioh. Fab. hac ratione, quod prætor diserte loquatur de iuramento, ut nobis sine textu extendere hoc non liceat: & plurimis exemplis ostendi potest, quibus casibus leges requirunt iuramentum, præstari hoc oportere in forma specifica, ne sufficere aliud æquipollens: quamvis etiam iure nostro prorsus falsum sit, quod assertio simplex per fidem & conscientiam æquipolleat iuramento: & licet adeo partis illa declaratio tendat ad litis decisionem, non potest tamen sequi effectus quem prætor speciatim attribuit iuriiurando. Sed Ias. licet non uno loco commendet ingenium Iohan. Fabr. sæpiuscule tamen, invidia an æmulatione occasionem eius reprehendendi captat, & hic quoq; contra eum ut loquitur tenendum esse censet: sed plumbeis sane gladiis rem agit: & 1. pugnat autoritatibus, quæ ad quæstionem hanc ex rationibus iuris nostri decidendam nihil habent momenti: quin & amplius illæ magis singulares sunt opiniones, quibus communius contradicitur: falsum enim est & tum rationi, tum verbis textus tum communi opinioni repugnat, quod pene per iuris dictæ in *l. si quis maior.* 41. C. *de transact.* ad eos pertineant, qui sub fide aliquid promiserunt: falsum etiam, quod de pari procedant simplex promissio sub fide & iuramentum, etiam iure Canon. ut ad Treutl. de iureiurand. ex Covarr. & aliis probavimus. & ut uno saltem exemplo utamur, renunciationem filiæ efficacem non esse nisi vere iuratam, communissima sententia est: iure plane civili de quo disputat Johan. Fab. æquiparatio illa promissionis sub fide & iuramenti, evidenter falsa est. Deinde utitur Iaf. hac ratione, quod si fides testis sit approbata ab utraque parte, non opus sit iuramento, sed ei credatur perinde ac si iurasset. Resp. hoc falsum esse si intelligatur simplex approbatio, utcunque fortassis hoc affirmat Bart. cætero quin illud vulgo receptum est, quod testis etiam iniuratus faciat fidem, si ei expresse iuramenti gratia facta sit: quoniam scilicet versatur hic principaliter interesse partis, quæ etiam totum remittere & liti liberrime renunciare potest. At nos tractamus de effectu qui consistit in iure agendi & excipiendi, qui non pendet ullo modo à voluntate litigantium, sed ab authoritate legis quæ hic requirit iuramenti. 3 adducit Iason hanc rationem in qua valde sibi placere videtur, quod ubi remittitur iuramentum, effectus actionis & exceptionis habeat locum: & ergo inquit, poterit etiam habere locum ubi res conscientiæ & fidei alterius commissa fuit, & adeo nullam esse rationem Fabri desumptam à necessitate iurisiurandi. Sed ego dico, nullam & ineptam esse consequentiam Iasonis, duplici de causa. 1. qui ut in casu remissi iuramenti exceptio & actio nascantur, receptum & decisum est expresso iure, quo si destitueremur, id nobis admittere non liceret. 2. quia iuramentum remissum pro præstito habetur, cum non stet per alterum quo minus præstetur, nec in potestate deferentis sit iuramentum iam ab alio susceptum revocare: atquin in terminis nostris nullum fuit delatum iuramentum, ut ita revera hic committatur petitio principii, quod committere controversiam fidei & conscientia alterius, idem sit ac deferre iuramentum, quod scilicet in quæstione.

Videamus & obiter de eo quod tractat Jas. in *nostro* §. *n.* 86. an, ut loquitur, sicut

P 2 senten-

est apud Dd. quod secus sit in usuris, quæ nec post litem contestatam quidem ita stricti juris judiciis deberi incipiant: ut ego nesciam quinam sint illi pragmatici, quos tanquam contrarium statuentes reprehendit Faber sub fin. cap. quædam in specie de arbitrariis actionibus addit, quod scilicet in iis condemnatio fiat ex nulla obligatione præcedente, at ne officio iudicis quidem, sed ex solo arbitrio judicis, quod loco obligationis sit. Cum autem Ant. Fab. in personalibus actionibus tantum locum faciat condemnationi, oportet eas intelligi actiones arbitrarias, quæ sunt actionis in personam, & adeo præcipue illas, quæ alio loco moventur. In his autem nullam obligationem præcedere plus quam evidentissime falsissimum esse supra probavimus. Ex altera & priori specie actionum arbitrariarum actio quod metus causa, cum sit ex delicto, utique ex obligatione est: actiones autem in rem arbitrariæ non sunt ex obligatione proprie dicta, sed ex iure reali, V. C. dominii vel pignoris, quod probato tenetur reus restituere: ut & hic falsum sit quod condemnatio nascatur ex arbitrio iudicis: nisi hoc unico casu quo reus non paret ei arbitrio: ut adeo tamen & hic condemnationi non tam arbitrium proprie loquendo, quam contumacia præbeat causam. Nec quicquam facit pro Fabr. quod à Iustin. traditur in §. *præterea* 31. *Instit. de act.* quod actiones hæ pendeant ex arbitrio judicis, cui nisi satisfiat, reus condemnetur: sicut nec quod addit, non ideo dici actiones arbitrarias, quod arbitrio iudicis fiat condemnatio, sed nisi arbitrio judicis pareatur. Etenim hæc partim falsa, partim ambigua sunt: nam immò ideo arbitrariæ dicuntur, quoniam arbitrium iudicis præcedit & iussum, quod sæpe ostendimus recte dici condemnationem primam, cui si non satisfiat, sequitur condemnatio secunda finalis, hæc causam habet contumaciam, illa autem causam aliam in iudicium deductum: nec quicquam falsius est quod Anton. Fab. ait, iudicem hic nihil aliud facere posse, quam ut arbitretur, quod si bonum & æquum videtur, quippe de ea re aditus, quæ nec obligatione ulla nec officio iudicis contineatur: etenim cogitur iudex arbitrari secundum naturam actionis, quæ habet præexistentem sufficientem materiam & causam ex qua instituatur & moveatur, veluti dominium aut ius pignoris, quæ qui negaverit esse causas agendi, helleborosus est: & tamen negat Fab. hic aut obligationem, aut causam aliam agendi vel implorandi officii iudicis superesse. Illud frigidum est, quod in extremo cap. emendat *l. qui restituere. 68. in fi de rei vindic.* & vult legi, *ubi quid non restituitur*: quivis enim intelligit, quod verba affirmativa hanc habeant sententiam, ubi quid de restituendum venit. Pene exciderat, quod sub princ. cap. persecutiones quæ *in l. 28. de O. & A. & in l. pecun.* 178. *ver. actionis de V. S.* actionibus cæteris opponuntur, ita describit, quod sint in personam scriptæ, sed ad rem persequendam: quasi sicut dicimus quasdam actiones personales in rem scriptas, ita persecutiones hæ non sint in rem sed in personam scriptæ. Quod novum actionum in iure nostro monstrum est, quod confinxit Fab. ex nimis crasse intellecta *d. l.* 28 *de O. & A.* Sed scilicet persecutiones sunt actiones extraordinariæ, prætoriæ cognitionis, quæ iuxta *d. l.* 28. non omnes in rem nec omnes in personam, sed quædam in rem sunt, quædam in personam, vere scilicet, ut tamen nihilominus, sicut quæcunque aliæ actiones in personam propter rem aliquam dentur, vel quod non sint pœnales, sed rei persecutoriæ: ut adeo verba, *rei persequendæ gratia*, nimis absurde explicaverit Fab. quasi significent actionem in rem,

Hæc sunt amice lector, singularia & subtilia Fabri.

DISPVTATIO SIVE DISSERTATIO VIII.

DE ACTIONIBVS PRÆTORIIS IN PERSONAM.

THESIS I.

Actiones prætoriæ varie dividi possunt *a*) sed nobis eam divisionem hic exequi propositum est, qua à causa efficiente aliæ dicuntur esse ex facto proprio, aliæ ex facto alieno *b*.)

Veluti quod sint aliæ nativæ aliæ dativæ, de qua distinctione actum est in superioribus disputationibus: item quod aliæ sint ordinariæ, alia extraordinariæ & subsidiariæ: quamvis respective & relatione ad ius civile actiones prætoriæ videri possint extraordinariæ.

b) Distinctiones modo relatæ, & si quæ sunt aliæ, competunt etiam actionibus civilibus, sed ista quam hic proponimus videtur actionibus prætoriis propria: quoniam à juris civilis ratione alienum videtur, ut quis ex facto alieno conveniatur *arg.* §. *actiones*. 10. *Instit. de act.*

III.

Factum hic intelligimus delictum & conventionem: adeoque primo nascuntur actiones prætoriæ in personam ex conventione vel alterius vel propria, cuiusmodi est actio de constituto & ex iureiurando.

Non est nobis propositum omnes actiones prætorias persequi, sed præcipue attingere eas, quæ *sub tit Instit.* continentur: veluti duæ hæ actiones, *in* §. *in personam*, 8. *iuncto* §. 9. *&* 11. *de action.*

III.

Actio de constituto est actio in personam prætoria quæ datur contra eum, qui debitum sive proprium sive alienum *a*) sive naturale sive civile *b*) pacto nudo *c*) se soluturum promisit sive constituit *d*)

separatam tamen & seorsim per se subsistentem inducit obligationem, ut ad præsumendum animum donandi scientia indebiti sufficere possit. Sed ista sunt alterius loci: prorsus admitti non potest, *ut l.* 3 § *de const. pecun.* de hoc solo casu accipiatur, cum ratio Jurisconsulti ibi fundetur in defectu vinculi æquitatis, & iure exceptionis qua repellitur actor: quæ ratio generalis & haud dubie locum habet, ubi ab ignorante debitum istud civile nudum constitutum fuit. *e*) Ita *Iustin. in* § *de constituta.* 9. *I. de act. alioquin,* inquit, *si stipulanti promiserint, iure civili tenentur:* ex quo Dd. communissime referente *Iasone in d.* §. *in personam numer.* 21. *& seqq* statuunt, si ita conventum sit, *constituis te soluturum, constituo,* nec esse actionem ex constituto, non competat & sufficiat actio ex stipulato: pro qua opinione *Petrus de bella Pert. & Iohan. Fab.* hoc argumento utuntur, quod remedium tendens contra regulas juris civilis, actio videlicet ex nudo pacto, non concurrat cum remedio ordinario juris civilis qualis est actio ex stipulatu. Attamen Jacobus de Buttig referente eod. Jas. admisit concursum actionis de constituto & actionis ex stipulatu, quod alias valde constringeretur usus actionis ex constituto: & respondit ad d. §. quod ibi oppositionis hic sit sensus, ut ubi nulla facta est stipulatio, sola sit actio constituti, eaque tum necessaria, non autem propterea positis terminis habilibus per actionem ex stipulatu excludatur: sed & possit videri Justinian. respexisse ad vulgares & alios stipulandi modos, non eos qui incidunt in formam & causam constituti. Quod attinet rationem Joh. Fab. putat eam Jas. contra Fab. retorqueri posse, quod cum actio de constituto hic nascatur ex stipulatione, tanto facilius cum actione ex stipulatu concurrere possit. Verum aut ego valde fallor, aut valde insubtilis hæc retorsio est: etenim vis objectionis in eo consistit, quod ubi ius civile concedit actionem, ibi cesset effectus & operatio edicti prætoris, ex quo contra regulas iuris civilis ex pacto nudo datur actio, & adeo probabiliter tantum in subsidium & in casum necessitatis, ut proinde retorsio Jas. vitiose præsupponit, quod hic nascatur actio constituti. Cæteroquin alio modo ea objectio removeri posse videtur, videlicet, quod ubi est remedium iuris ordinarium, non introducatur de novo remedium extraordinarium contra regulas iuris civilis: sed postquam in subsidium & in casu necessitatio quo deficiebat aliud remedium, semel introducendum & introductum fuit; citra absurditatem ei locum concedi cum remedio ordinario iuris civilis: id quod exemplo bonorum possessionis contra tabb. ostenditur, quæ initio introducta pro emancipatis qui exclusi erant iure civili, postea etiam fuit producta ad suos. Sed aliud hic magis anxie inquiritur, quæ ratio sit, quæ hic ex pacto nudo suaserit dari actionem. Et una ratio gl. quoniam qui constituit, decem dierum spacium ad solvendum habeat; tanquam manifesto nulla, merito ab omnibus improbatur. Communius placuit, quod effectum hunc operetur geminatio, quod constitutum fiat super obligatione antea contracta: ex quo & illa vulgata cum opinio ortum traxit, quod ex pacto geminato actio nascatur: quoniam cum grave sit fidem fallere, bis fallere longe sit gravius: eamque sententiam & auctoritatibus & exemplis confirmat *Iaso. in* § *in personam* 8. *h. t. num.* 66. *& seqq.* Sed ipse tamen ibidem contra illam rationem disputat quod tantum procedere videatur, ubi quis proprium debitum constituit, aut si accomodari debeat ad eum quoque qui constituit debitum alienum, futurum sit, ut etiam fideiussor ex nudo pacto teneatur, siquidem hoc solum, quod alia obligatio præcessit, consideretur. Et idem Jas. contra opinionem communem, quod ex pacto geminato nascatur actio

O 3 dispu-

disputat in *l. si pacto* 14. C. *de pact.* tum ex illo ipso textu in quo cum requiratur stipulatio post pactum, ut pœna exigi possit, infertur à contrario sensu, non sufficere pactum iteratum: tum ex *l. si veritas* 23. C. *de fideicommiss.* iuxta quam ut legata non solenni testamento relicta, & ita naturaliter debita peti posset, requiritur vel approbatio vel stipulatio. Ad hoc tamen posterius non difficilis responsio est, quod obligatio naturalis ex testamento non solenni, consistat in terminis nudis iuris gent. & cuiusque conscientiæ & honestati sit relicta, ut proinde non possit sufficere pactum nudum adjectum ad producendam actionem, sicut eadem de causa ita debitum per errorem solutum, condicitur, cum alias iure nostro non uno loco tradatur, quod natura lis obligatio inhiberi soluti repetitionem. Sed tamen vulgata illa sententia quod ex pacto geminato nascatur actio, nullo textu iuris confirmatur, neque ad eam probandam sufficere potest exemplum constituti: utique etiam plura pacta separatam habent naturam, nec unum alteri somentum aut vestimentum præbere potest. Et *Ias. quoque in d. l.* 14. C *de pact. numero* 6. eam opinionem Dd. improbat, & recte docet, non protinus inferre posse à constituto, quod ob id omne pactum iteratum pariat actionem; tum quod necessarium hic fit, ut adsit animus constituendi, tum quod constitutum censeri possit contractus nominatus: quod etiam in terminis Bart. tradit *in l. iurisgen. 7. §. igitur nuda. de pact.* ubi num. 2. sub fin. ait se existimare, quod constiturum sit contractus nominatus & legitima conventio. Sed nimirum alibi ostendimus ad Treutl. pacta legitima & contractus male confundi, neque à solo nomine causam actionis desumi posse: cæteroquin facile concedo, quod constitutum possit dici pactum legitimum, verbis generalius sumtis, & quatenus ius prætorium utique post confirmationem Justin. legis instar obtinet neque enim dubitari potest, quin constiturum speciali confirmatione prætoris pariat actionem: in quam sententiam *Ias. in §. nostro. numer.* 52. minus periculosam esse ait Iacobi Buttig. opinionem, quod constitutum pariat actionem, qua sit formentatum à iure prætorio. Et est hæc sane ratio proxima & immediata: sed ulterius quæritur, quæ sit ratio rationis, & cur prætor hoc pactum in specie ad actionem confirmaverit: reliqua in natura sua reliquerit, cum tamen omnia pacta nitantur æquitate, quæ etiam prætor in *l.* 7. §. 7. *de pact.* se servaturum promittit, ut non tamen propterea actionem ex iis concedat: ad quam quæstionem decidendam, non sufficit quod ex Buttrigario affertur. Fortassis prætorem movit, quod constiturum accessit est alterius obligationis, ut tanto minus offendatur regula iuris civilis, quæ ex pacto nudo negat nasci actionem, adiuvante etiam aliquid exemplo fideiussionis, cum iure prætorio solennitates illæ verborum non videantur attendi: & præcipue videtur prætor usus fuisse colore & prætextu nominis huius, *constituti*, cum ipse quoque Iurisconsultus in *l.* 7. § 1. *de pact.* causam agendi à nomine mutuari videatur.

d) Non tantum si constituerit se soluturum, sed etiam si constituerit alium soluturum: quam sententiam Bart. refert *Ias. num.* 34. & confirmat ex *l. qui autem* §. 2. *de constitut. pecun.* ubi valet constitutum quo quis certam personam pro se fideiussuram constituit: vide Ias. textum in *l. eum qui* §. 4. *eod.* quæ contradicere videtur, de eo accipit qui constituit Titium soluturum pro tertio. Et ista quidem responsio & explicatio satis commoda est, sed mihi tamen non probatur illa opinio Bartol. quoniam iure communi huiusmodi promissio nulla est: etenim quod Bartol. illud constitutum ita accipit, perinde ac si constituisset se curaturum ut tertius satisfaceret, hinc refutatur: Quod huiusmodi stipulatio *promittis*

Sti-

Stichum daturum; & hæc, *promittis te curaturum ut Stichus det*, certo iure inter se opponuntur, ut prior inutilis, posterior utilis esse tradatur §. *si quis alium. Institut. de inutil. stipul.* ideo quidem ut *Iohan. Fab. in d.* §. nec iuratam quidem illam stipulationem valere dicat: & licet ei hactenus contradicat *Ias. in* §. *item si quis* 11. *Institut. de act. num.* 14. hoc tamen inter omnes constat, remoto iuramento eiusmodi stipulationem irritam esse. Porro inepta & falsa esset ista oppositio, si hæc promissio, alium daturum, semper ex ratione iuris ita explicanda esset ac si quis promisisset curaturum ut alius daret; neque hic ratio differentiæ inter constitutum & stipulationem idonea & sufficiens reddi posse videtur, quin potius utrobique militat ratio iuris, iuxta quam regulariter obligatio in personam tertii collata, promissionem facit nullam. Neque movet *d. l.* 14. §. 2. *de constit. pecun.* quoniam qui promittit certam personam pro se fideiussuram, nihil aliud promittit, quam se daturum fideiussorem, quod est facti proprii, sicuti quævis cautio quam quis præstare iure obstringitur. Cætera ad materiam constitui pertinentia, proprio loco tractantur.

IV.

Actio ex iureiurando est actio prætoria in personam *a*) quæ datur ei, qui delatione præcedente sibi pecuniam debere iuravit *b*.)

a) Refertur ista actio diserte à Iustin. inter actiones personales *in* § *in personam*. 8. *Institut. de act.* & *in l. actori. C. de rebus creditis.* dicitur in factum, cuiusmodi actiones natura sua personales esse supra probavimus: & *Iustinian. in* §. *Item si quis.* 11. *Institut. de action.* videtur non obscure hanc actionem restringere ad casum, quo quis pecuniam sibi deberi iuravit: quod actionum in personam proprium est: cui accedit comparatio huius actionis cum actione iudicati, *l. post rem.* 56 *de re iudic. d. l.* 8. *C. de reb. cred.* quæ sine controversia personalis est. Et tamen scrupulum hic movent textus in *l. nam* & 9. §. *ult. l. sed si* 11. *in pr.* §. 1. & 3 *l. si duo.* 13. §. 1. *de iureiurand. l. sed et si* 7. § *si petenti.* 7. *de Publiciana*, qui textus ostendunt etiam ex causa actionum realium esse locum actioni huic. Nam dicitur dari utilis actio in rem post iuramentum præstitum, pariter ut ex caussa debiti personalis post iuramentum præstitum, actio utilis empto, pro socio, pignoratitia, vel de dote competere dicitur, *d. l. si duo* 13. *si quis.* 3. *cum* 2. *seqq. de iureiurand.* Scum utilis actio ut plurimum qualitatem actionis denotet, tanto rectius concludemus, ex quacunque causa iuratum sit, sicut & iusiurandum hoc effectu ad omnes res locum habere dicitur. *l. iusiurandum.* 34. *in pr. de iureiurand.* huic actioni esse locum præsertim si verum est quod disputavimus ad Treutler. *de iureiurand. thes.* 8. istam actionem non tam novam, quam potius actionis pristinæ in iudicium deductæ, esse qualitatem. Vt hæc sint apertiora, quid de hac actione vulgo Dd. statuant & quid iuris, sive in reali sive personali actione iuratum sit, esse opinentur, distinctius explicandum est. Et quantum colligere licet *ex gloss. in* §. *Item si quis.* 11. & *ibid. Ias. Inst. h. t. n.* 41. & 42. statuunt illi communius quod si iuramentum præstitum sit super actione reali competat actio utilis in rem & actio in factum ex iureiur. has enim actiones illi distinguunt: circa actionem personalem subdistinguunt, quod autem iuratum sit informiter, ubi petitio non

non habuit certam expressam caussam, ut hic tantum locus sit actioni in factum: aut formiter, & hic tantum concedunt actionem utilem ex caussa super qua iuratum est. Hæc sententia & distinctio, quantum ego deprehendere possum hac fulcitur & nititur ratione: quod ut ego explico, ex causa actionis in rem, qua quis intendit simpliciter in rem suam esse, iurari videtur simul & formiter & informiter: hoc quidem si verba simplicia intentionis considerentur quibus rem suam quis esse dicit & restitutionem petit: illud vero, quia implicite semper causa adiecta intelligitur: quoniam ut est in *l. & an* 14. §. 2. *de except. rei iudic.* qui in rem agit etiam non expressa causa ex qua res ipsius facta sit, nihilominus tamen omnes causas ipsa petitione apprehendisse videtur, quoniam non amplius quam semel & non nisi ex una causa res mea esse potest. Istud autem pro concessa ponunt Dd. quod actio in factum ex jureiurando tantum locum inveniat, ubi informiter est iuratum, ubi autem formiter, actionem priorem superesse eum nova qualitate tamen, propter quam utilis appellatur: & cum adeo in actione reali & informiter & formiter implicite intendatur & iuretur, utique actioni locum faciunt Dd. At vero, cum ex plurimis causis res eadem mihi deberi possit, *d. l.* 14. §. 2. *de except. rei iudic.* non potest videri qui in personam informiter agit, certam aliquam vel implicite causam introduxisse: eoque secundum Dd. tantum competit actio in factum, & ex adverso, si iuratum est formiter tantum actio ex contractu utilis: quam Dd. opinionem, quod hic cesset actio in factum, communem imò communissimam refert *Iaso in d. §. 11. Instit. h. t. num.* 45. à quo tamen ipse (nam in priori casu juramenti informiter præstiti omnes consentire videntur) post Johan. Fab. dissentit num. 46. & concursum utriusque actionis, ex contractu & in factum, admittit, adjecta etiam n. 47. hac ratione, quod remedia prætoria, postquam scilicet semel introducta sunt, ut paulo ante notatum, habeant etiam locum in casu non necessario. Sed hac in re ille primo error Dd. ab aliis iam notatus est, quod putant actionem personalem moveri posse informiter: id enim rationi iuris nostri prorsus repugnat, secundū quam reus primo omnium ad album prætoris ducendus, eique qua actione acturus quis esset, demonstrandum, aut utiq; causa agendi in iure apud prætorem proponenda, & secundum eam formula conveniens concipienda erat: cæteroquin non potuisse deliberare reus, an contendere an cedere vellet: neque ex iure Justiniano induciæ viginti dierum alii fini dantur, *iuxta auth. offeratur C. de lit. contest.* nisi ut deliberet, cedat ne an contendat: & consequenter necesse est falsum sit, quod in casum iuramenti informiter præstiti, prætor introduxerit hanc actionem, siquidem nulla est informis actio. Potest & iste error Dd. notari, quod putant in casu formiter præstiti iuramenti super actione personali sufficere actionem priorem: secundum quam opinionem qui iuravit gravaretur onere probandi iuxta naturam actionis: quod etiam Jas. movet, ex quo colligi quodammodo potest, eos requirere iteratas probationes: cæteroquin facile responderi potest, quod verus actio induat novam qualitatem, ut tantum quæratur an iuratum sit nec ne. Ille quoque hic circa actionem in rem notandus est error *gloss. in §. 11. Institut. h. tit.* quod si quis iuraverit rem suam esse, & secundum iuramentum istud res à non domino ei tradita fuerit, habeat Publicianam contra omnes, contra quos alias ea actio datur. Refutatur enim hoc tum *ex l. 9. §. ult. de iuriur.* tum in terminis *ex l. 7. §. si petenti. 7 de public. act.* quam gl. inepte ita accipit, quasi tantum excludatur ibi dominus vetus: ut bene & late contra gl. post Joh. Fab. disputat *Ias. in d. §. 11. n. 51.* Et ratio, propter quam a-

ctitantum datur adversus eum contra quem iuratum est, hæc peremptoria esse videtur; quia iuramentum non potest præstare verum titulum contra quoscunque sed tantum contra eum qui detulit, à qua delatione pendet vis iuramenti, *l. 3. in pr. de iureiur.* vel hoc argumento, quod si quid detulit iusiurandum remittat, pro præstito habeatur, *l. 5. §. ult & l. 6. de iureiur.* ut proinde contra tertium iuramentum non possit producere effectum. Sed ut ad quæsitum nostrum principale redeamus, secundum ea quæ diximus ex traditionibus Dd. videtur actio de qua hic tractamus, non tantum esse personalis; quamvis enim ubi iuratum est in actione reali tantum contra possessorem qui iuramentum detulit eiusve hæredem habeat locum, attamen licet in eo imitetur naturam actionis personalis, non potest actio personalis censeri, cum competat iure dominii, quatenus iuramentum pro veritate habetur. Iustinianus autem inter actiones vere & propter personales istam actionem refert. & in §. 11. nominatim de pecunia debita loquitur: & ita, si Iustiniano, veritatem constare volumus, actio hæc ad casum iuramenti super actione reali præstiti, referenda non videtur, & adeo laborabit sententia quam proposuimus & defendimus ad Treutl. quod prætor non introduxerit actionem novam, sed tantum pristinæ addiderit novam qualitatem: & omnio vocatur illa opinio in dubium exemplo actionis iudicati, quæ utiq; nova est, & exemplo actionis de confessis, quæ itidem omnino nova esse videtur, cum tamen eadem ratione alias dici posset, eam tantum esse novam qualitatem: & videmus ista inter se comparati, iudicatum esse confessum esse & contra aliquem iuratum esse, *l. 8. C. de reb. cred l. 56. de re iud* Neq; quicquam movet quod ad Treutl. *de iuram. thes* 8. probavimus, post iuramentum superesse priorem actionem: nam & ad eundem Treutl. p. e. in materia novationis ostendimus cum Dd. quod etiam post sententiam iudicis maneat prior actio. & si quæ novatio fiat iuxta *l. ult. C. de usur. rei iudic.* ea fit ut Dd. loquuntur. cumulativa: & proinde hæc consequentia non procedat: manet actio prior post iuramentum, ergo ista actio non est nova, quippe quæ omnino diversa statuenda est ab actione priori, quæ longe est inutilior, illa autem utilior, quippe nullam desiderans probationem super principali, sed tantum, quod iuratum sit, & processum pene habebat executivum, de quo late tractat *Ias. in §. Item si quis. tit. h. t. num.* 87. Vnde ex hac causa restitutio datur minori. si actionem iudicati in aliam obligationem & petitionem ordinariam transferri & transfundi passus fuerit, *l. minor. 40. in pr. de minor. 25. annis.* Et hæc in re videtur elegans differentia esse inter actiones reales & personales: quod in his per condemnationem inducatur nova actio iudicati, sed non in realibus, adeoq; cesset in his actio iudicati, quoniam ubi V. C. dominus intendit rem esse suam, nulla fit condemnatio super dominio, sed tantum fit dominii declaratio. quod res sit petitoris, quam ob id possessor restituere iubetur: cui iussui aut paret reus, & amissa possessione eiusdem dominii iure vindicatio instituitur: aut non paret, & res vel aufertur manu militari, aut ordinario iure in litem iuratur, & tunc demum pro pecunia actio iudicati datur. Et ergo secundum hæc actio nostra, mere prætoria & eadem nova, non vero prioris actionis nuda qualitas erit, quod posterius etiam vulgo Dd. probant. Sed non levis est scrupulus, quem hic inicit. *l. si duo. 13. §. si quis. 3. de iureiurand.* ubi post iuramentum proponitur actio utilis ex empto & societate. &c. neque enim actio utilis ex empto tota nova esse potest, neque huius veteris actionis naturæ conveniens videtur, ut in ea tantum tractetur an sit iuratum, & ex adverso cum iuramentum sententiæ vim habeat, & novationem

P inducat

induat, non videtur Instit. io nostro §. de actione illa veteri, sed potius nova tractatur, quam quilibet in dubio electurus sit propter expeditiorem processum, & faciliorem probandi rationem: & tamen ICtus ita loqui videtur *d. l. 13.* ut post iusiurandum non censenda sit superesse alia actio præter utilem illam ex causa veteri super qua iuratum fuit. Hac de causa *Hottomannus ad l. actor. 8. C. de rebus cred.* distinguit an sit iuratum in iure an in iudicio: ut illo casu procedat *d. l. 13.* & tantum sit locus actioni utili ex causa præcedenti: hic autem rem censeri novatam per rem in iudicium deductam & subsecutum iusiurandum, quo facto actio utilis ad instar iudicati competat. Verum iusiurandum ipsum per se etiam citra deductionem in iudicium habet vim novandi, *l. qui iurasse 26. §. ultim. de iureiurand.* ubi ratio additur, quod proficiscatur ex conventione: neque dubium esse debet, quin edictum prætoris ad illud iuramentum pertineat, quod extra iudicium defertur: & postquam res ad iudicem pedaneum devenerat, etiam præstito iuramento sententiam iudicis sequutam esse, verius est: ex quo falsam existimo sententiam, *gloss. in §. 11 Instit. h. t. in verbo, quæritur,* quam communem testatur *Ias. ibidem num. 86.* quod etiamsi sententia sequuta sit, tamen actioni prætoriæ ex iuramento esse locum. Ex his etiam reiicitur eorum sententia, qui distinguunt inter iuramentum conventionale, ut hic tantum pristina actio competat: & iudiciale, post quod aut non sequatur sententia, & pariter actione pristina sit utendum, aut sequatur, & tunc locus sit actioni utili iudicati, id est in factum prætoriæ, ad instar actionis iudicati directe civilis: Enim vero non est in arbitrio iudicis sententiam ferre vel non, sed aut semper aut nunquam post iuramentum sequetur sententia, ex quibus illud verius esse & ratio iuris suadet, & textus in *l. iusiurandum 34. §. ultim. de iureiurand.* & prorsus absurdum est, ut actio quam prætor introduxit, restringatur ad casum, quo sententia à iudice lata est: cum potius ex diametro contrario modo res se habeat, ut perinde contra eum qui actori iuramentum detulit, actio detur atque si condemnatus esset, quod etiam confirmat *l. 56. de re iudic.* qui textus alias à vitio ineptitudinis liberari non posset. Admittendus cum Dd. videtur concursus actionis prioris; quæ utilitates suas habere potest *argum. d. l. 13. §. 3. & l. eum qui 30 in pr. de iureiurand.* aut distinguendum an sit iuratum, ut ita loquar, super contractu, an præstatione contractus: V. C. si quis ad prætorem vocetur tanquam qui vendidisset rem, potest vel negare contractum, vel confitendo contractum nolle satisfacere conventioni: illo casu si actor iuraverit intercessisse venditionem, non potest agere actione in factum, tanquam contra iudicatum, sed posteriori demum casu, perinde ac qui tantum probavit contractum, nihil aliud facere potest, quam ut actione contractus experiatur, quæ hoc casu erit directa, sed illa utilis, quoniam iuramentum non facit veritatem, sed tantum veritatis inducit præsumptionem: quomodo non dissimiliter responsum est in *l. sed si. 11. §. ultim. de iureiurand.* eum qui iuravit hæreditatem suam esse, utilem petitionem hæreditatis habere.

b) Singula requisita hic persequi, non est nostri instituti, & petenda illa sunt ex loco proprio. Iurasse oportet vel pro iurato haberi, & hoc vel sola authoritate iuris, cuius exemplum ponunt Dd. si quis post susceptum iuramentum paratus iurare, antequam id præstet, moriatur, quam sententiam alibi ad Treutl. dubiam & vix recipiendam diximus: vel voluntate deferentis, si hic iu-

rato

rare parato adversario ultra iuramentum remittat, *l.* 5. §. *ult. cum l. seq. de iureiur.* Non abs re hic disquiretur, quod post *Ioh. Fab. in* §. *Item si quis* 11. *h. t. movet Ias. num.* 51. si V.C. actor dicat se velle credere conscientiæ & fidei adversarii, & hic fide sua se affirmare dicat, an perinde habeatur ac si iuratum esset, & iidem sequantur effectus. Negantem partem defendit Ioh. Fab. hac ratione, quod prætor diserte loquatur de iuramento, ut nobis sine textu extendere hoc non liceat: & plurimis exemplis ostendi potest, quibus casibus leges requirunt iuramentum, præstari hoc oportere in forma specifica, ne sufficere aliud æquipollens: quamvis etiam iure nostro prorsus falsum sit, quod assertio simplex per fidem & conscientiam æquipolleat iuramento: & licet adeo partis illa declaratio tendat ad litis decisionem, non potest tamen sequi effectus quem prætor speciatim attribuit iuriiurando. Sed Ias. licet non uno loco commendet ingenium Iohan. Fabr. sæpiuscule tamen, invidia an æmulatione occasionem eius reprehendendi captat, & hic quoq; contra eum ut loquitur tenendum esse censet: sed plumbeis sane gladiis rem agit: & 1. pugnat autoritatibus, quæ ad quæstionem hanc ex rationibus iuris nostri decidendam nihil habent momenti: quin & amplius illæ magis singulares sunt opiniones, quibus communius contradicitur: falsum enim est & tum rationi, tum verbis textus tum communi opinioni repugnat, quod pene per iuris dictæ in *l. si quis maior.* 41. C. *de transact.* ad eos pertineant, qui sub fide aliquid promiserunt: falsum etiam, quod de pari procedant simplex promissio sub fide & iuramentum, etiam iure Canon. ut ad Treutl. de iureiurand. ex Covarr. & aliis probavimus, & ut uno saltem exemplo utamur, renunciationem filiæ efficacem non esse nisi vere iuratam, communissima sententia est: iure plane civili de quo disputat Johan. Fab. æquiparatio illa promissionis sub fide & iuramenti, evidenter falsa est. Deinde utitur Ias. hac ratione, quod si fides testis sit approbata ab utraque parte, non opus sit iuramento, sed ei credatur perinde ac si iurasset. Resp. hoc falsum esse si intelligatur simplex approbatio, utcunque fortassis hoc affirmat Bart. cætero quin illud vulgo receptum est, quod testis etiam iniuratus faciat fidem, si ei expresse iuramenti gratia facta sit: quoniam scilicet versatur hic principaliter interesse partis. quæ etiam totum remittere & liti liberrime renuntiare potest. At nos tractamus de effectu qui consistit in iure agendi & excipiendi, qui non pendet ullo modo à voluntate litigantium, sed ab authoritate legis quæ hic requirit iuramenti. 3 adducit Iason hanc rationem in qua valde sibi placere videtur, quod ubi remittitur iuramentum, effectus actionis & exceptionis habeat locum: & ergo inquit, poterit etiam habere locum ubi res conscientiæ & fidei alterius commissa fuit, & adeo nullam esse rationem Fabri desumptam à necessitate iurisiurandi. Sed ego dico, nullam & ineptam esse consequentiam Iasonis, duplici de causa. 1. qui ut in casu remissi iuramenti exceptio & actio nascantur, receptum & decisum est expresso iure, quo si destitueremur, id nobis admittere non liceret. 2. quia iuramentum remissum pro præstito habetur, cum non stet per alterum quo minus præstetur, nec in potestate deferentis sit iuramentum iam ab alio susceptum revocare: atqui in terminis nostris nullum fuit delatum iuramentum, ut ita revera hic committatur petitio principii, quod committere controversiam fidei & conscientia alterius, idem sit ac deferre iuramentum, quod scilicet in quæstione.

Videamus & obiter de eo quod tractat Jas. in *nostro* §. *n.* 86. an, ut loquitur, sicut

sententia, ita & iuramentum habeat executionem paratam, id est, an qui iuravit sibi deberi, protinus nobile officium iudicis pro executione facienda imploraie queat. Et videri possit, quod nec sententia quidem iudicis habeat executionem paratam: quoniam hanc cessare necesse est, ubi actionis via experiri oportet, ne contra regulas iuris ab executione initium fiat. Atquin sententia parit actionem iudicati, qua adeo prius utendum esse videatur. Sed nimirum cum in actione iudicati non tractetur amplius causa principalis, sed tantum hoc, an iudicatum & sententia lata sit, consequens est ut ubi de iudicato constat, nec quicquam habet pars adversa quod obiiciat, protinus à magistratu executio decerni possit: quæ etiam recepta & approbata sententia est. An idem obtineat in casu iuramenti præstiti, fortassis dubitari queat, cum tantum actionis & iuramento mentionem fieri deprehendamus: neque idoneum satis argumentum est *Bart. in l. 2. in f. de iureiur. ex l. post rem 56. de re iudic.* quoniam non necessum est ut comparatio rei iudicatæ & iurisiurandi accipiatur absolute, sed recte intelligitur, quod in utraq; actione de hoc tantum quæratur, an hoc iudicatum, & an iuratum sit. Et tamen si hoc tantum quæritur, ubi iuratum esse constat, nihil impedire videtur, quo minus prætor hic quoque sicut in causa iudicati, posita paritate terminorum decernat executionem: sed Bart. ulterius procedit & argumento eo, quod iuramentum habeat paratam executionem in hæc verba scribit: si in fine instrumenti confecti de aliquo contractu, apponeretur clausula hæc, & quia de prædictis posset in futurum dubitari, & nunc dictus promissor detulit dicto stipulatori iuramentum, qui stipulator statim sibi delato iuramento iuravit se debere recipere dicta mille promissa ex causa mutui, tunc tale instrumentum etiam de iure communi mandaretur executioni, & haberet executionem paratam virtute dicti iuramenti. Hanc cautelam & sententiam licet Iasoni probatam falsam esse non dubito: quoniam ut recte observarunt alii, quorum ibidem meminit Ias. effectus de quo disputamus, est iuramenti decisorii, quod præstatur super causa controversa: quod imprudenter quidem negat Ias. sed probatur textu satis evidenti in *l. 1. de iureiurand.* qui docet hoc iuramentum introductum esse litium expediendarum causa: itaque practica illa Bartoli extendit & trahit iuramentum extra notissimos terminos finem & usum cui iure destinatum est: utiqs. ridiculum sit iuramenti istam speciem quam proponit Bart. comparare cum re iudicata, qua tamen comparatione cessante cessant etiam isti effectus, nec immerito quis existimaverit, quod edictum prætoris ad eam speciem iuramenti pertineat, quod in iure præstatur: idque animadvertit *Angelus in §. nostro*, qui Bartoli illam cautelam procedere limitat, si intervenerit auctoritas & approbatio notarii, quem iudicem chartularium vocant Dd. verum in usu iuris non nisi inepte Notarius pro iudice haberi potest, & ineptius pro magistratu, apud quem demum facta in iure fieri dicuntur. Cæterum inepte utitur Ias. pro sententia Bartoli, argumento & exemplo transactionis, quæ, inquit, licet fiat super re dubia, tamen sufficit, quod subsit metus litis: etenim hæc ita recte comparabuntur, ut si quis ad prætorem tanquam super controversia dubia in ius vocatus sit & iuramentum sibi delatum præstiterit, iuramenti effectus habeant locum, quando quidem de periurio regulariter quæri non solet: ineptum autem sit contractus initio transigere partes super incerto & quod forte postea in controversiam venire possit.

Hæc

V.

Hæc de actionibus duabus prætoriis in personam quæ sunt ex conventione propria: sequitur de iis quæ contra nos competunt ex conventione aliena, & præcipue *a*) eorum, qui sunt in potestate nostra *b*) & scilicet vel servorum nostrorum vel liberorum.

a) Dicimus præcipue, nam quædam actiones ex conventione cuiuscunque etiam hominis liberi & sui iuris, contra nos dantur, veluti institoria & exercitoria, de quibus seorsim agemus. *b*) Ne existimet quis hoc esse iuris communis, argumento quodam à correlatis, ut videlicet qui ex conventione sua nobis acquirunt, etiam conventione sua nos obligent: etenim quivis conditionem nostram meliorem, sed non deteriorem facere potest: & hoc est ius potestatis, ut nobis subjecti omnia nobis acquirant, minime vero, ut per eos nos obligemur: nisi quatenus ex æquitate prætor his qui cum subjectis iuri nostro contraxerunt, succurrit.

VI.

Vt autem cum Iustin. hanc rem tractemus in persona servorum *a*) causa ob quam ex horum conventione dominus obligatur, vel est huius voluntas, vel ex conventione servi sequuta & domino acquisita utilitas *b*.)

a) Ita enim *Iustin. in fin. pr. Inst. quod cum eo qui in alien. pot. &c.* profitetur se velle dirigere sermonem in personam domini servique, ne prolixa nimis & verbosa fiat disputatio. *b*) Ad has enim duas causas tanquam duo capita principalia omnes actiones istæ non inepte referri possunt.

VII.

Vtilitas est, ubi ex eo, quod V.C. ab alio mutuo accepit servus, res domini melior facta est, unde nascitur actio de in rem verso.

Hæc actio modo separata & distincta ab aliis actio est, modo actionis de peculio adjectio, siquidem quod in rem domini servus vertit, hoc ipsi dominus debere, & adeo id in peculio esse intelligitur *l. 1. in fi. d. in rem verso*: itaque ubi servus peculium habet, rectius agitur de peculio, cum hac adjectione si quid in rem domini versum sit: cuius adjectionis utilitatem ostendit *Iustin. in §. præterea. 4. vers. itaque Inst. quod cum eo qui in alien. potest.* ut videlicet partem tantum eius quod accepit servus in rem domini verterit, in residuum dominus pro quantitate peculii condemnetur, in quo domino salvum manet privilegium deductionis.

quod esse in ea parte, quæ in rem eius versa fuit: idque est quod idem Iustinianu ait *in d. §. 4. vers. licet enim* actionem de peculio ita institutam habere duas condemnationes, alteram super eo quod in rem versum est, alteram super eo quod deducto domini debito in peculio superest, ut docet Iustin. *in d. §. 4. vers. itaque si & vers. itaque iudex.* Porro si actio de peculio locum non habeat, vel quia nullum sit peculium, vel actio de peculio finita sit. actio de in rem verso, per se subsistens actio erit, *arg. l. 1. §. 1. & l. 19. in fin. de in rem vers.* sicut nec dubitandum est, quin etiam existente peculio, si quis velit, de in rem verso tantum experiri possit, quippe quod hæ actiones re vera sint distinctæ, cum & diversa & distincta habeant nomina, & sub distinctis titulis Dd. explicentur: quin & descendant ex diversis causis, altera ex eo quod in rem domini quid versum est, altera quod tantum contractus est, utcunq; nihil in commodum domini fuerit conversum; unde etiam in altera privilegium deductionis dominus habet, in altera non habet: & quod præcipuum est, actio de in rem verso etiam cessante peculio perpetua est: quæ fere pro adstruenda harum actionum distinctione disputat *Ioh. Fab in d. § præterea. Inst quod cum eo.* Neque obstat, quod Iustinianus *in d. §. vers. licet*, unam dicit esse actionem, qua de peculio & de eo quod in rem domini versum sit, agitur: quia significatur commodior ratio agendi in terminis habilibus, si servus peculium habeat: tunc enim utiliter coniunctim agitur in forma unius actionis, ita ut actioni de peculio clausula de in rem verso adiiciatur: quoniam hoc modo actor & quod in rem versum est, & quod ultra in peculio est, consequitur. Itaque propter hanc coniunctionem in his terminis una actio censetur, vel ut declarat *Ioh. Fab de loc. n. 6.* quod ex duabus causis debetur, & duabus diversis actionibus peti potuisset, in unum iudicium & unam instantiam deducitur, & eo respectu una actio appellatur. Hoc autem ad notandum, quod ex contractibus servorum & filiorum hæc actio sit directa, ut tamen etiam ex contractu hominis sui iuris & liberi, cui gerendum aliquid commisimus, utiliter moveri possit, per textum in *l. ei qui C. quod cum eo, &c.* & confirmat *Ioh. Fab. in §. cum autem. Inst. eod. num. 1.* cuius tamen illud ibidem non placet, quod si servus peculium non habeat, & aliquid in rem domini verterit itidem non directa, sed utilis actio competat: nam quod passim in terminis servi peculiati de hac actione tractatur, non satis idoneo argumento est, extra illum casum actioni huic sub eadem qualitate non esse locum: imo contrarium ostendit, quod sola utilitas, & hoc unicum, quod aliquid in rem domini versum est à servo, huic actioni locum facit: tum argumentum *ex d. l. 7. in fin. C. quod cum eo.* neque enim rationis est, ut eadem hic statuatur conditio hominis liberi, & servi non peculiati.

VIII.

Voluntas domini quæ causam actioni præbet, non est unius conditionis: & distingui potest, quod vel sit generalis vel specialis, item vel tacita vel expressa, item vel directa vel per consequentiam deducta: pro qua diversitate aliæ atque aliæ in dominum dantur actiones.

IX. Gene-

IX.

Generalis voluntas domini & per consequentiam, deducitur ex concessione peculii: unde ex contractibus servi actio de peculio in dominum datur.

Hanc actionis istius causam insinuat *ICtus l. 1. §. Item. 5. de acquir. poss.* ubi ait quod res peculiares dominus per suum possideat etiam ignorans, quoniam nostra voluntate qui servis peculium habere concessimus, possidere intelligantur: inde enim bene colligitur, quod dominus peculium concedendo, per consequentiam ius contrahendi concessisse intelligitur: quam rationem ex Dd. Iaf. quoque notat *in §. actiones 10. Inst. h. t. num. 9.* Neque obstat quod etsi prohibuerit dominus cum servo contrahi, tamen tenetur de peculio *l. si quis. 29. §. 1. l quoties. 47. in pr. de pecul.* quoniam censetur prohibuisse & prohibere voluisse eo effectu, ne aliis actionibus, veluti de in rem verso, institoria, &c. teneatur: quandoquidem contradictio est Iuridica, dominum concedere peculium servo, & nolle eum contrahere, sed si hoc omnino, & teneri nolit, necesse habet ei adimere peculium: alias quam diu peculium relinquitur penes servum, militat ratio illa voluntatis & præsumptio iuris & de iure, quod permissum sit servo ius contrahendi. Ex quo intelligimus, si servus nullum peculium sibi à domino concessum habeat, ex contractibus servi extra quam si quid in rem domini versum, aut eius iussu factum sit, dominum non posse conveniri: utique fieri non potest ut ubi nullum peculium est, actio de peculio habeat locum. Qualitas autem illa voluntatis generalis hoc porro efficit, ut ea tanquam limitata limitatum producat effectum, neque in solidum, sed tantum quatenus in peculio est, dominus teneatur: & hoc amplius, quia voluntas generalis est, dominus privilegium habeat deducendi, quod servus ipsi naturaliter debet, sive directò & immediatè, sive mediatè, aliis nimirum qui sunt in eiusdem domini potestate *l. sed si 9. §. 3. & passim de peculio* & rursus sive debeat ex contractu sive ex delicto *d. l. 9. §. 6. ead. l. in §. seq.* excipitur casus quo servus in se ipsum delinquit, V. C. sive vulneravit, ut nihil eo nomine deducere possit dominus, quod scilicet ob id deterior servus factus est, non magis ut ibidem subiicit ICtus quam si se præcipitasset: addita hac ratione, quod liceat etiam servis in corpus suum naturaliter sævire. Ex quo colligunt aliqui, licere iure civili se ipsum occidere, quoniam particula *etiam*, arguit, hoc & multo magis permissum esse liberis. Et sane cum ICtus delictum servi ex cuius causa deducit dominus quod debetur, opponat vulnerationi proprii corporis, ex cuius causa nihil deducat dominus, videtur inde colligi posse, quod servus se ipsum vulnerans non revera delinquat, quod alias deduceret dominus, quanto minoris pretii propter vulnus servus effectus esset. Neque sententiæ illi multum obstare mihi videtur, quod vulgo jactatur ex *l. liber homo 13. in pr. ad L. Aquil.* neminem esse dominum membrorum suorum: etenim ibi verbum domini sumitur in specie, ut acceptum fuit *in L. Aquil* qua actio datur dominis, quorum servi, pecudes & aliæ res occisæ ruptæ aut fractæ sunt, quæ sunt in proprie dicto dominio, quod consistit in potestate iure patrimonii de re sua dominandi, quale dominium cum non sit in membro nostro, ex eo fundamento respondetur, *in d. l. 13.* quod.

quod libero homini vulnerato non competat actio L. Aquil, ut autem aliquis in se ipsum quid statuere possit, non necessum est tale dominium in membra propria, eoque nec recte infertur ex *d. l. 13.* quod quis se ipsum non possit occidere. Sunt qui ad explicandam *d. l. 9. §. 7. de pecul.* afferunt quod Ulp. eius autor fuerit studiosus sectæ Stoicorum, qui existimaverint licitum esse sibi ipsi inferre manus. Sed parum probabile est quod JCtus ibi tractans de servis, eo respexerit: neque Stoicorum simplex ista fuit sententia, sed si calamitas quæ atrocior & forte morbus incurabilis incumbat, tum demum tanquam ipso Deo evocante permissam putarunt αὐτοχειρίαν: atque ita ovitare voluerunt, quod Cic. in quæstionibus Tusculanus ex Platone tractat, non esse fas iussu summi Imperatoris delere stationem & discedere è vita: & tamen nec sic quidem prorsus evitarunt, quoniam nec hoc fas est, ut homo iudicet de causis calamitatum & earum fine & scopo quem Deus sibi propositum habet: & recte dictum est, degeneris animi esse neque fortis viri, ne adversa ferre cogatis, exire e vita. Existimaverit fortasse quis, respexisse Ulpianum ad incommoda & mala servitutis, quæ ne perferre, & sordida ministeria facere cogerentur, quosdam in captivitatem & servitutem deductos mortem sibi conscivisse legimus. Verum hoc modo enervatur vis argumenti *ex d l. 9. § 7. de pecul.* ex quo concluditur, quod multo magis liberi homines sibi manus inferre possint. Hoc sane quod inde concludere volunt, si politice disputamus, nulla ratione defendi potest: neque enim, ut verissime Cicero ex Platone ait, non nobis sed præcipue patriæ nati sumus, & Respubl. constituta est ex pluribus, quorum omnium & singulorum opera ad utilitatem communem collineare debet, ut proinde non sit in potestate civis, qui membrum Reipubl. est quacunque ratione se subtrahere, & hominem utilem civitati adimere, non magis quam militi permissum est deserere stationem, qui hac ipsa de causa, si quid in suum corpus attentet, gravissime punitur, in quam sententiam etiam Aristot. disputat sub fin. lib. 5. Ethic. Extra hunc respectum consideretur homo, (semper excipio fidei nostræ dogmata) possit fortassis videri hoc ius cuique esse, ut de se statuat quod velit, eoque referri possit quod scriptum est in *d. l. 9. de pecul.* quamvis mihi hæc eius loci explicatio semper sit visa probabilior, quod ibi Ulpianus respexerit ad summum ius dominorum in servos ex iure Romano, & significare voluerit, esse quidem illud extremum, sed non eiusmodi tamen, ut quasi manus constringi possint servorum, sed iis non obstante potestate dominica hoc relictum sit naturaliter, ut est in *d. §. 7.* membris suis quomodo vellint etiam in se ipsos uti, & proinde quod hoc modo quasi naturaliter servus fecit, & ut minoris pretii esse effecit, non possit dominus tanquam in peculio computare, & ut sibi debitum deducere. Sed hæc extra propositum nostrum obiter, nam alias plura & elegantia de ista quæstione in medium afferri possent. Redeamus ad tractationem actionis de peculio. Diximus ex contractibus servi peculiari teneri dominum de peculio: unde tamen excipiuntur quædam species contractuum, ex quibus dominus nec peculio quidem conveniri potest: veluti si servus extra causam peculiarem fideiusserit vel intercedendi causa mandaverit *l. 3. § si filiumfam. 5. cum § seq. & §. si servus. 8. de peculio. l. servus. 19. cum l. seq. de fideiuss.* eaque in se differre servum & filiumfam. ut etiam ex causa fideiussionis à filio factæ indistincte pater de peculio obligetur patet *ex d. l. 3. §. 5.* & in terminis traditur in eadem *l. 3. §. 9. de pecul.* Tractat hoc ex notat. etiam *Cuiac. lib. 8. obs. 11.* ubi hac in re

inter

inter Proculianos & Sabinianos controversiam fuisset censet, sed rationem non reddit decidendi: neque illud eiusdem placet, quod in principium cap. simpliciter negare videtur ex istis caussis servum obligari naturaliter: quamvis pro correctione aut declaratione accipi possit, quod sub finem cap. ait, Sabinianos ex his caussis non agnovisse obligationem naturalem: quamvis nec hoc satis sit. Nam si servus fideiussor post libertatem solvisset, non putaverim Sabinianos negasse hunc effectum naturalis obligationis, ut solutum retineri potuerit: sed hactenus tandum dicendum est non agnosci obligationem naturalem, quatenus consideratur effectus eius in producenda, si ita loquendum est, actione de peculio in dominum: nam regulariter ita comparatum est, ut quo casu contrahendo servus naturaliter obligatur, contra dominum detur actio de peculio: quamvis proprie loquendo obligatio naturalis non sit caussa actionis de peculio, quod paulo post dicemus. Porro *Iohan. Fab. in § qua diximus. Institut. quod cum eo, &c.* cur ex causis supradictis non detur actio de peculio in dominum, hanc reddit rationem, quod fidejubere & intercedere sit perdere & incidat in quandam speciem donationis: ut merito ex iis causis actio de peculio in dominum debeat negari. Scilicet ratio inde petenda est, quod initio diximus dominum teneri de peculio ex praesumta permissione contrahendi: adeoque quae dominus non censetur concessisse agenda servo, ex iis nec de peculio debet conveniri: permisisse autem tantum videtur dominus contractus ut ita loquar commerciales, & qui ita sunt comparati, ut utrinque pariant obligationem, & ita sicut per servum obligatur dominus, ipse quoque per servum acquirit actionem: atquin ex caussa fidejussionis nihil potest acquiri domino: & praetor qui hoc tantum spectavit, ne fraus fieret ei qui contraxit cum servo peculiato, & ita peculium servi & concessionem domini generalem spectavit, noluit nimis gravari dominum, & satis habuit ex illis contractibus quos diximus, concessisse actionem. In compromisso specialis ratio est, quoniam id est instar iudicii, in quo servus consistere non potest *l. servum* 6. C. *de iudic.* Sed cur filius etiam ex illis exceptis causis indistincte patrem de peculio obligat? Johannes Fab. cit. loco hanc reddit differentiae rationem, quod filius plus iuris in peculio à parte sibi concesso habeat, argumento eius quod publicatis ob delictum bonis patris nec peculium profectitium quidem confiscatur, sed filio conservatur *l.* 3. §. *sed utrum.* 4. *in fin. de minor.* Prorsus cum filiusfam. ex omnibus causis obligari & in iudicio quoque conveniri possit, praesumitur etiam pater concedendo peculium laxiorem facultatem ei permisisse: eoque pertinet quod responsum est in *l. si quis.* 44. *de pecul.* eum qui cum filio contrahi duos habere creditores, ipsum filium in solidum & patrem de peculio. Qua occasione quaerunt Dd. an actio quae datur in filium & in patrem, sint eaedem numero an diversae: quam quaestionem movet *Iason in* §. *actiones* 10. *de Institut. de act. num.* ubi se remittit ad *Bart. in l.* 1. *de pecul. qui num.* 17. eam breviter attingit, sed non satis perspicue explicat. Res manifesta est, quod si V. C. filius rem vendiderit, in ipsum est actio emti pura, sed in patrem sub nova qualitate, quatenus scilicet est in peculio. Amplius hic quaerunt Dd. quomodo contra filiumfam. possit fieri executio, qui ex ratione iuris antiquioris, nihil prorsus, ex iure posterioti quod in Digesta relatum est nihil habet praeter castrensia vel quasi, in quibus est loco patrisfam. Hanc etiam quaestionem attingit *Iaso. in d.* §. *num.* 7. & itidem remittit lectorem ad Bartolum qui *in d. l.* 3. §. *sed utrum de minoribus num.* 1. *in f.* scribit, filiumfam. si nihil habeat in bonis, ut

carcerem evitet, cedere nihilominus bonis possit per l. pen. C. *qui bon. ced. poss.* Sed gl. ibid. notat conveniri quidem posse filiumfam. sed exactionem differri. Bartoli solutio quia ipsa constitutio *in d. l. pen.* hoc scrupulo laborare videtur, quod cessio bonorum in iis debitoribus locum habere videtur, qui parum aut forte iam nihil amplius habent, non vero in his qui nihil habere possunt, & iuris acquirendi sunt incapaces. Quæ fortassis ratio dubitandi movet Justinian. ut expresse definiret hoc non impedire debere, quo minus etiam filiisfam. beneficium cessionis concedatur: quamvis ex iure Justinian quo filius in omnibus adventitiis ad minimum proprietarem habet, minus habere possit difficultatis: adeoque eum stet iure Digest. filiumfam. qua talem (nam in castrensibus pro patref am. est) in iudicium vocari posse *l. filiusfam. 39. de oblignt.* & tamen qua talem omnia eo iure patri acquirere, videri possit ex ratione illius iuris rectior esse responsio Accursii, quod differatur executio: quæ ipsa tamen hinc dubia redditur, quod in *d. l. 3. §. sed utrum.* filius ex condemnatione dicitur conveniri, actio autem iudicati intenditur pro sola executione, quæ si inhibenda esset interim, potius actionem iudicati interim negassent Iuriconsulti. Fortassis hæc fuit summa iuris ratio & ex ea receptum, ut filiusfam. utpote homo liber & eius conveniretur & exigeretur, & non satisfaciens ex ratione iuris veteris creditori addiceretur: & cum tamen pater omnia per filium acquireret, verosimile est, filios regulariter à patribus fuisse defensos: vel eo argumento, quod *in l. 2.* quod cum eo, &c. prætor contra emancipatum tantum actionem in id quod facere potest decernit. Prorsus post l. Iul. quæ contra iniuriam carceris & addictionis beneficium cessionis introduxit, nec filiofam. hoc negari potest: si enim rationi iuris convenit, eum qui ius acquirendi non habet, in ius vocari & exigi, nec ei contrarium erit, ut bonis cedere possit. Sed nec simpliciter jure veteri quo ad adventitia etiam filium acquisitionis fuisse incapacem, colligitur ex *l. cogi. 16. §. si pater filio. 11. ad SCtum Trebell.* ex quo pater cogitur filio etiam quem in potestate habet hæreditatem restituere: item ex *l. is qui hæres. 13. §. ult. de acquir. hæred.* ubi instituto filio hærede negatur patri soli ius esse repudiandi hæreditatem: & pluribus id confirmare conatur Aoron. Fab. *lib. 7. coniectur. c. 11.* & de hoc quæst. præsertim filii conveniendi ex causa delicti, satis bene & plane *Ioh. Fab. in §. ult. Inst. de nox. act.* per totum.

Videndum etiam est de causa huius actionis, an ex aliqua & quali descendat obligatione. Disputant hanc quæstionem & aliam connexam, an actio de peculio sit in rem an in personam, satis prolixe *Iohan. Fab. in §. actiones. 10. Instit. h. t. num. 5. & 6. Petrus de Bell. Pertic. ibid. vers. ut advertatis, per duas columnas. Cyn in l. dominum. C. quod. cum eo per tres columnas: Bart. in l. 1. de pecul. num. 11. 12. 13. & 14. Ias. remissive in d. §. actiones num. 29.* Considerenda hic est & in persona scilicet filiusfam. actio ipsa & actionis adiectio: illa quæ contra filium competit, omnino est in personam nata ex obligatione civili & naturali simul: sed quatenus eum adjectione de peculio contra patrem datur, non videtur subesse obligatio naturalis, quippe cum pater non consenserit nec contraxerit. In causa servi contrahentis persona eius facit, ne possit nasci obligatio civilis, sed ipse proculdubio servus naturaliter obligatur: ea vero obligatio non potest dici causa actionis de peculio quæ contra dominum datur, & rectè Cyn. notat quod dominus non obligetur ex contractu servi, sed propter eius contractum.

Mo-

Movent hic quod cum obligatio servi si naturalis, absurdum videatur, ut ea licet non proprie, sed saltem occasione liter præbeat causam actionis contra dominum: ad quod expediendum *Petrus de Bell. Pet. & Cyn.* distinguunt, an obligatio sit inefficax propter defectum substantialium, quæ eam constituunt, an propter qualitatem personæ; ut illo quidem casu non possit nasci actio contra aliquem, sed hoc casu possit.

Verum si nihil aliud nisi obligationem consideramus, nullo casu præsertim contra tertium nasci potest actio: & simplicissima sententia est, quod actio de peculio non competat contra dominum vigore obligationis naturalis, qua obstringitur servus, sed virtute edicti prætoris, & eius quam supra diximus, concessionis peculii & permissæ facultatis contrahendi. Verum tamen cum ista tantum verosimilis conjectura & præsumtio sit, & illud ipsum generale & remotum à contractu servi separatumque, non potest illa concessio peculii inducere in persona domini obligationem naturalem, quæ appellari possit caussa & mater actionis, præsertim vocabulo obligationis accepto ad usum iuris nostri: cum alias etiam obligatio naturalis non possit esse mater actionis. Itaque nulla dum apparet causa actionis de peculio, quatenus scilicet actionẽ significat alterius actionis: nam ut prædictũ, quod personam filijfam. aut servi, & contra illum actio, & contra hunc si liber factus solverit, retentio, perspicuam habent caussam, vel mixtam obligationem vel naturalem tantum, sed quæ non possit habilis esse ad producendam actionem contra patrem aut dominum; quod eleganter ostenditur *ex l. eo tempore* 50. §. 2. *de pecul.* ubi Jurisconsultus ait, postquam iudicium de peculio in dominum dictatum & litis contestatio facta est, posse nihilominus accipi fideiussorem eius obligationis quæ hæret in servo: itemque si eum servus solverit, non posse eum repetere: & redditur hæc ratio, quod ea obligatio naturalis in litem & iudicium cum domino acceptum deducta non sit: ex quo necessario sequitur, quod illa obligatio servi non præbeat caussam actioni de peculio contra dominum. Et hinc magis mihi probatur opinio *Cyn. in d. l. dominum. C. quod cum eo.* quod actio de peculio potius sit dativa quã nativa, & ideo falsam esse sententiam Azonis quam probat *Bartol. in l. de pecul. numer.* 14. quod actio de peculio nascatur ex obligatione civili, sed quæ habeat effectum obligationis naturalis: quo quidem ut ex Bartol. apparet, removere voluerunt obiectionem, quod obligatio civilis nuda non sit efficax ad condemnandum, sed si quæ ex ea nascatur actio, per exceptionem repellatur. Et tamen insubtiliter homonymiam & diversam significationem obligationis civilis non videntur animadvertisse: quoniam obligatio nuda civilis eo sensu ita dicitur, quod promissio dolo vel metu extorta, vel pactum de non petendo aut iusiurandum, aut tale quid intercessit, quod iniquam faciat petitionem actoris: cæteroquin ubi lex actionem aliquam introduxit & efficacem facit, frustra disputatur quænam subsit obligatio, quamvis lex nunquam sine iusta causa actionem eiusmodi introducere censeatur: & hoc quoque casu dici potest actio nasci ex obligatione civili tantum: quamquam dubitem, an alicubi in iure nostro ita usurpetur obligatio civilis: certe ut ita appellari possit, non tamen hæc ita abusive d. obligatio facere potest, ut actio iuxta explicationem Dd. possit dici nativa, aut prorsus destruetur illa distinctio, & omnis actio nativa erit, cum nulla sine autoritate legis & iuris possit in iudicium introduci. Itaque pariter insubtile mihi videtur, quod

Azo & Bart. commiſcuntur de effectu naturalis obligationis, quem habeat obligatio civilis, propter autoritatem, ut poſt Azonem explicat Bart. ſtatuentium, & quod idem addit, ſi obligatio naturalis ficta, quod factum judicis vel legislatoris, cenſeatur factum partis: etenim primo nudus effectus naturalis obligationis inepte fingitur, ubi nulla eſt naturalis obligatio, aut utique facere, non poteſt, ut naturalis adſit obligatio.

Secundo, ſi hoc ſenſu naturalem obligationem accipimus, iterum nulla erit diſtinctio Dd. & omnis actio erit nativa, quoniam materiam idoneam præexiſtentem facit obligatio naturalis, concurrente autoritate iuris civilis: ſed & tertio licet tantum operatur autoritas legis, quantum factum partis, non tamen poteſt inducere eandem, eſſentiam & formam. Sed Bartol. aliter probat quod actio ſit nativa, per textus *l.3. §. ſi filius. 5. cum §. ſequent. & §. ſed etſi. 9. l. depoſiti 5. §. 1. de pecul.* quibus locis dicitur partem vel dominum eſſe obligatos de peculio: obligatio autem eſt cauſſa, qua poſita tanquam matre ut Dd. loquuntur ponitur actio, quæ adeo non poteſt eſſet dativa. Sed nimirum rerum potior vis eſt quam verborum, & cum perſpicue probaverimus, nullam hic eſſe obligationem in parte & domino, fatendum eſt quod illis locis verbum obligari paulo improprie accipiatur, ut ſignificet, teneri patrem de peculio: & quod non ſit vera obligatio, hoc ipſum arguit, quod pater & dominus dicuntur obligati de peculio, quod ſcilicet penes patrem vel dominum dominii iure exiſtens, facit ut teneantur, cum alias obligatio adſtringat perſonam ſine ulla conſideratione bonorum, & adſtrictam teneat, etiamſi omnia bona ſint amiſſa: atquin actio iſta, peculium reſpicit, quo extincto vel finito, aut nulla, aut tantum annalis eſt actio, de peculio. Atque hinc colorem capit opinio *Petri de Bell. Pers. & Cyn.* quod adjectio & qualitas hæc, de peculio magis ſapiat naturam actionis in rem quam in perſonam. Si quid enim hic perſonale eſt, eius cauſa non videtur aliunde arceſſi poſſe, quam à conceſſione illa peculii, & à præſumta conceſſione contrahendi: quo reſpectu, & ſimul intuitu actionis principalis vel obligationis, actio de peculio videtur à *Iuſtinian, in §. 8. Inſtitut. de act.* relata inter actiones in perſonam. Cæterum qualitas actionis realis hinc confirmatur, 1. quod alienato ſervo actio de peculio tantum eſt annalis contra dominum priorem, ſed ordinaria eſt contra dominum novum *leg. & ancillarum. 27. §. ſi ſervus. 2. de pecul. l. ſipoſtquam. 43. eod.* & tamen illud propriam habet rationem, quod ſervus contraxit & naturaliter obligatus eſt, adeoque obligatio ſequitur perſonam ſervi, à qua ipſe in iudicium vocari non poteſt, fit inde ut dominus teneatur. 2. quod cedendo peculium dominus liberatur *l. ſed poſt 9 inf. commun. divid.* 3. quod ſi nihil ſit in peculio, actio non teneat *l. quæſitum 30. in pr. & l. eo tempore. 50 in pr. de pecul.* Neque iſtud removeri ſatis videtur per reſponſionem Bart. quod etiam obligatione & actione perſonali liberetur debitor ſi res debita ſine culpa ipſius perierit: etenim peculium non hic res eſt debita, ſed propter peculium actio datur contra dominum: prorſus obligatio hic eſt in filio, & ſervo, non in patre & domino, & actio contra filium re vera eſt perſonalis, ſed alteratur propter adjectionem illam de peculio. Neque obſtat, quod cum obligationi propriæ dictæ tantum videatur accedere fideiuſſor, utique à patre eius actionis nomine de peculio adverſus ipſum competit, fideiuſſorem accipi poſſe docet *l. creditorem 18. ad Senatusconſultum Macedon.* etenim hoc fit propter præſtationem ad quam ex peculio faciendam, ex edicto prætoris tenetur pater vel dominus; nec quicquam eſt quod me concedere

cedere cogat, ut recte fideiussor accipiatur, necessum esse in persona dantis veram & propriam obligationem hærere. Et tamen ipsa quoque huius obligationis seu adjectionis natura ostendit, non esse eam vere realem: tum quia nec ex iure dominii nec pignoris nec servitutis nascitur, tum quia nulla alicuius iuris declaratio, nec res restituenda petitur: tum quia, ut patet ex *l. 3. §. cui congruit. 7. de pecul. & passim*, quod etiam non semel diximus, actio ipsa principalis ex emto V. C. conducto, mandati, &c. contra dominum datur, eædemque præstationes in actionem veniunt, quæ venirent si ipse dominus contraxisset: hac saltem differentia, quod nec in solidum tenetur dominus, & non nisi propter peculium: & sicut peculio gravato parum, ita eo exhausto & finito, nihil consequitur actor: neque enim voluit ex concessione illa generali nimis & ulterius prætor gravari dominum: & sicut actio noxalis datur contra dominum, ubi actio principalis ex delicto est & mere personalis, sed actio illa noxalis facit ut possessor servi teneatur, nec ultra gravetur dominum, §. 2. *Instit. de noxal. actio.* Ita quoque actio principalis cui adjicitur, de peculio, personalis est, sed quæ restringitur ab adjectione illa, & induit quandam qualitatem actionis in rem scriptæ: ut ita hæc actio habeat quandam exorbitantem & propriam naturam, qualis formata est edicto prætoris: quod facit ut tanto magis dativa potius quam nativa debeat censeri. Sed nimis fortasse de hac quæstione, quæ aliquid subtilitatis, sed parum habet utilitatis.

Illud constat quod actio de peculio detur in totum peculium tanquam quoddam patrimonium servi, quod totum contrahens cum servo spectasse censetur. Notat tamen *glos. in l. cum ancilla. 10. C. quod cum eo*, quatuor casus quibus dominus tantum teneatur, quatenus peculium per servum factum est locupletius. 1. si ex causa furti condictio peculio contra dominum instituatur (nam alii fini tendit actio noxalis furti ex delicto) *l. 3. §. pen. de pecul.* de quo supra prolixe satis disputavimus contra Anton. Fabr. 2. si pecuniam mutuam acceperit servus ad ludendum, *l. 1. §. 1. de aleator.* 3. si quis servi peculiaria negotia gesserit iuxta *l. si pupilli 6. §. sed si ego 7. de negot. gest.* Quartum casum constituit *gloss. ex d. l. 11. C. quod cum eo*, ubi dicitur dominum teneri in quantum locupletius factum est peculium & quia simpliciter ibi ancilla contraxisse dicitur, & communi iure dominus ex contractu servi etiam ultra id quod peculium locupletius factum est, tenetur, ideò Dd. ibidem eum textum explicant de causa ancillæ impuberis: nam sicut pupillus si liber esset, ipse obligaretur non ultra quam locupletior factus esset, ita si servus sit non ultra quam locupletius peculium est, dominum obligare debet *l. 1. §. 4. de pecul.* Verum cum rarius fit, ut impuberi concedatur peculium, & textus indistincte loquatur sine ulla ætatis mentione, rectius ad eum textum respondetur, quod verba illa, *in quantum locupletius peculium est*, paulo abusive posita, & ita sint explicanda, vel significent, *quantum in peculio est*, & quousque se vires eius porrigant, ut ius exigendi in solidum excludatur, vel quomodo Accurs. ut significetur non simpliciter in totum illud quod in peculio est, competere actionem, sed deducto prius eo quod debetur domino, & ita hoc tantum in peculio esse intelligatur, quod supetest deducto ære alieno.

X.

Expressa sed tamen generalis domini voluntas, si ser-

vum institorem tabernæ, vel magistrum navi præposuerit, unde actio institoria *a)* & exercitoria *b)* in dominum dantur.

a) Hæc actio ita appellatur à præposito negotiationi terrestri, hic enim institor est *l. cum sequentibus de institor. act.* & quidem negotiationis cuidam universitati, cæteroquin ut *in d. l. 3.* notat Bart. non tam institor dicetur quam procurator vel quasi institor: veluti si quis mutuis pecuniis accipiendis præpositus sit, hoc enim casu tantum utilis institoria locum habet *l. pen. in pr. de institor. act.* sed & amplius quæstuariam negotiationem esse oportet circa vendendum & emendum. ut notat *Angel. in §. si igitur Inst. quod cum eo nu. 7.* per *l si cum villico. 16. de instit. act. facit l. 17. eod tit. §. 2.* ibi, *propter utilitatem promiscui usus:* quæ ratio ibi adiecta hoc quoq; operatur, ut nec morte præponentis finiatur officium institoris: *Angel. d. loc.* & probat *l. si quis. 17 §. 3. de instit act.* ubi dicitur non esse imputandum ei qui sciens dominum decessisse cum institore contraxit: quod absurdum visum est *Ant. Fab. 2. coniect. 11.* ubi pro *sciens*, substituit *nesciens* Et sane videri possit incommoda vulgata lectio, vel hac ratione quod JCtus non obscure ibi opponit casum aditæ & non aditæ hæreditatis, & de illo agit *in §. 2.* de hoc *in d. §.* quo facilius est ut quis ignoret præponentem decessisse. Sed tamen cum aditio hæreditatis in quocunque loco & adeo ab absente quoque & nudis verbis fieri possit, hoc an adita sit hæreditas nec ne, nihil facere videtur, ut tanto magis quis sciat vel ignoret præponentem decessisse: & probabiliter credi potest eo respexisse Iurisconsultum, quod ubi adita hæreditas est, omnino obligatur hæres ex hac causa speciali, quod institorem quem non semovit, hoc ipso confirmasse censeatur. *l sed si. 11. in pr. de institor. act.* idq, adeo verum est ut etiam obtineat in pupillo qui hæres extitit patri qui præposuerat institorem quem non removerunt tutores *d. l. 11. & d. l. 17. §. 2. eod. tit.* adeo quidem, ut quod etiam Fab. agnoscit, pupillus non in quantum locupletior factus est, sed in solidum teneatur, *per d. §. 2.* ubi dicitur pupillum teneri propter utilitatem promiscui usus: adeoq, speciale est in hoc casu, cum alias pupillus non possit teneri, nisi in quantum locupletior factus est. Ex quo porro necessario efficitur, longe diversam hic esse rationem institoris & simplicis procuratoris sive mandatarii, quippe cuius potestas prorsus & omnino evanescit & finitur morte mandantis, præterquam quod ex æquitate si quid gestum sit ab ignorante mortem domini, actio mandati conceditur *§. item si 10. Instit. mandati* tantum abest, ut mandatum eius subsistat post mortem mandantis, quod iuris esse diximus in institore, qui simplici etiam taciturnitate hæredis confirmatur *d. l. 11. & d. l. 17. §. 2.* adeo ut etiam nec morte tuorum qui institorem præposuerunt, officium eius finiatur *d. l. 17. §. 2.* Secundum quæ, & quia speciale est in institore, recte defendetur vulgata lectio *in d. l. 17. §. 3. de institor. act.* ex qua scilicet colligitur diversitas institoris & mandatarii: inter quos alias iuxta lectionem Ant. Fabri nulla hac in re sit futura diversitas, siquidem etiam qui cum mandatario ignorans mandantem decessisse, vel ipse potius mandatarius in iisdem terminis habet actionem contra hæredes mandatoris defuncti, adeoque iis nihil imputatur propter probabilem ignorantiam. Et cavillari videtur Ant. Fab. dum respondet & reddit hanc differentiam inter mandatarium & institorem, inter casum *d. §. Item 10. Inst. mandati, & d. l. 17. §. 3. de institor. act.* quod illic nihil quidem

iis

iis imputetur sed positis terminis successoris habilis, contra quem actio in solidum detur: sed si heres pupillus proponatur, non prodesse ignorantiam, ut in solidum agant, sed solum quatenus pupillus hæres locupletior sit factus: hic autem & in specie *l. 17.* ignorantiam prodesse, ut etiam pupillus hæres in solidum obligetur. Hæc inquam responsio vitiosa mihi videtur: nam præterquam quod in *d.* §. 10. tantum de ipso mandatario, non de tertio qui cum eo contrahit tractatur: itemque quod in *d. l. 17.* § 3. ubi scienti non imputari dicitur, nulla pupilli mentio est: sed simpliciter hæredem etiamsi furiosus sit, teneri respondetur, quod omnino pertinet ad arguendam differentiam mandatarii & hæredis: amplius ex isto refutatur Faber quod ubicunque ex ratione iuris hæres obligatur, non patitur eadem ratio iuris, ut propter qualitatem ætatis in hærede conditio alterius fiat deterior; eoque falsum est, quod §. 10. *Institut.* mandati, tantum ad hæredem maiorennem pertineat, & subsistit hæc quam diximus differentia, quod in terminis mandatarii quicunque hæres in solidum teneatur, si mandatarius non etiam qui cum eo contrahit, iuxta ea, quæ postea dicemus, probabiliter ignoraverint decessisse mandantem: sed in casu institoris quicunque hæres in solidum teneatur, etiamsi qui cum institore contraxit sciverit decessisse præponentem. Nec quicquam movet quod Anton. Fab. obiicit contra lectionem vulgatam, nullam idoneam esse rationem, cur Jurisconsultus dixerit non imputari scienti, cum utique potius in dubio ignoranti nihil debeat imputari. Etenim dicimus hoc à Jurisconsulto propositum per modum ampliationis, ad designandam iam sæpe d. differentiam inter institorem & mandatarium, quod hic quidem imputetur scienti, sed illic nec quidem scienti imputetur. Et igitur in §. *pen. l. 5. de institut. act.* quod æquum sit ignoranti dari institoriam actionem, cum Accurs. subaudienda est particula *maxime*: quamvis etiam contra expressum textum non procedat argumentum à contrario sensu. Illud quoque non recte *Anton. Fab. eod loc.* quod distinguit inter institorem, qui exerceat mercem & qui non exerceat; quod quidem proprie loquendo quandam implicare videtur contradictionem: licet enim verbum institoris possit usurpari generalius, attamen verus institor omnes exercet merces, ut ostenditur *ex l. 3. 4. & 5 per tot. leg. si cum villico 16. & l. institor. 18. de instit. act.* & evidentius *ex l. pen. eod tit.* ex qua in casu præpositi mutuis accipiendis pecuniis, tantum utilis ad exemplum institoriæ actio competit. Istud denique ad limitandam thesin quæ expressæ voluntatis mentionem facit hic notandum est, quod aliquando etiam voluntas tacita sufficit, ut contra aliquem institoria actio detur, veluti si alium aliquamdiu negotiari in rebus suis emendo & vendendo passus fuerit: ut colligitur *ex l. Titianus 8. quod cum eo, &c. l. cuicunq. 5. §. idem de institut. act. l. 1. §. magistrum. 5. de exercit. act.* qui textus ostendit facilius hoc contra exercitorem propter maiorem necessitatem & utilitatem admitti. *b)* Hæc actio denominatur à præponente, qui dicitur exercitor navis: præpositus autem navis magister: & sunt hic omnia eadem quæ in actione institoria, ut notat Jas. *in §. actiones. 10. Inst. h. t. post gl. & Bald. in l. 1. C. de exercit act. textus in l. ult. D. eodem* ubi tamen additur particula, *fere*, quoniam facilius contra præponentem exercitoria actio datur, & maior est necessitas contrahendi cum magistro navis, maiorque in exercitio navis publica utilis, ut appareret ex *l. 1. in fin. pr. & §. magistrum. 5. & §. licet. 20. in pr. de exercit. act.* De illo non dubitatur, ut & huic & illi actioni locus sit, opportere contractum esse iuxta legem propositionis, neque enim ultra proponens obligatur, ut prolixe traditur in *d. l. 1.*

d. l. 1. non autem. 7. cum aliquot seqq. praesertim §. igitur. 12. de exercit. act. l. sed si pupillus 11. §. conditio. 5. de institor. act.

XI.

Quod si institores vel exercitores homines liberi sint, ipsi quoque & quidem directo ex contractibus quos celebrarunt, obligantur.

Actio de peculio non potest habere locum nisi ex contractu servi vel filiifam. quod posteriori casu etiam contra hunc actio datur. Actio de in rem verso utilis competit ubi etiam homo sui iuris veluti procurator in rem nostram quid vertit, ut probavimus supra *ex l. ei qui. 7. inf. C. quod cum eo*, idemq; confirmat textus *in l. liberto. 31. in pr. de negot. gest.* Actiones autem hae institoria & exercitoria recta introductae sunt à praetore contra praeponentem, ut tamen nihilominus ipsi quoq; praepositi actionescivili principali ex ipso contractu descendere, teneantur, per textum *in l. 1. §. est autem. 17. de exercitor. act.* ubi electio datur creditori conveniendi exercitorem vel magistrum: *& per §. pen. eiusdem. l. 1. ubi si cum utro eorum actum est: notat Accurs. in d. §. 17. & facit l. licet. 6. §. ult. naut. caup. stabular.* ubi & contra exercitorem & contra hunc actio datur, quos textus & alios quosdam sed qui non concludunt, allegat *Bart. in l. fin. de institor. act.* Sed obstare videtur *d. l. fin.* in qua proponitur cavisse institor, & respondetur, eum iure non videri obligatum, quoniam ex officio institoris fecisset. Resp. *Bart. in d. l. fin.* quod ibi institor re vera non contraxerit, sed stipulationem fecerit continentem verba enunciativa de praeterito, ad fidem ostendendam: sed *Ias. in d. §. actiones. num. 51.* veram esse ait responsionem Baldi, quod ibi institor non promiserit, sed tantum fuerit confessus, penes se & mensam suam eam pecuniae summam existere, ex cuiusmodi & extrajudiciali confessione non potest nasci obligatio & actio: id autem tantum quaeritur *in d. l. fin.* an ex illa scriptura institor ibi teneatur: & potuit illa pecunia aliunde quam ex contractu ipsius ad mensam pervenisse, de quo ibi non tractatur, sed hoc saltem respondetur, quod haec confessio non noceat praeposito ut ipse teneatur, quippe quae tendit ad alium finem. Ex quo recte notat *Bart. in d. l. fin* si alius non institor talem emiserit epistolam, qualis proponitur in d. l. fin. cessante ibi praesumptione confessionis simplicis & effectu probandi, cum nec inutilis debeat eiusmodi epistola censeri, eam inducere & operari constitutum, per textum *in l. quidam 26. de constitut. pecun.* qui cum *d. l. fin.* coniungendus & componendus est. Sed nec dum haec responsio videtur sufficere ad *d. l. ult. de institor. act.* quoniam duplex obiectio inde desumitur, ex decisione ipsa, & ex ratione decidendi. Decisio est in verbis, *non esse iure obligatum, nec aquitatem conveniendi superesse*: ratio decidendi est, in verbis, *cum in officio institoris fecisset*: & prior obiectio satis ex praemissis removetur: Ex ratione decidendi ita videtur inferri: quicquid institor ex officio facit, ex eo non obligatur: atqui in omnes contractus ex officio facit & celebrat: ergo &c. Sed nimirum ratio decidendi ad ipsam decisionem referenda & procedere intelligenda est positis terminis habilibus, quibus institor non contraxit, qui termini ut praedictum, non sunt in *d. l. ult. de Institut. act.* sed & in contractu non versatur nudum officium, sicut in attestatione de pecunia apud mensam existente, sed utcunque contrahendo officium suum faciat institor

tor, tamen hoc non solum facit, sed dum contrahit, ex ratione iuris & natura contractus personam suam obstringit, ut proinde non possit, evitare, quo minus personæ ipsius obligatione affecta conveniatur. Videtur etiam contra supradictam sententiam eiusmodi obiectio colligi *ex l. si qui 7. in fin. C. quod cum eo.* Cuius personam quis in contrahendo respicit, ea obligari videtur *per d. l. 7.* atqui quisque contrahens censetur respicere personam præponentis: ergo &c. Sed nimirum totum argumentum conceditur: quod si maiori propositioni addideris particulam, tantum, ea falsa futura est, siquidem inde inferre velis ad excludendam personam institoris contrahentis, cum sufficiat respectum illum hoc operari, ut etiam præponens obligetur. *Sed* & minor falsa futura est, si eadem particula taxativa adiiciatur: quoniam licet respiciat contrahens personam præponentis, tamen inde non efficitur, quod nullomodo respiciat personam institoris in quam verba contractus diriguntur, ex quo adeo iuxta rationem iuris actionem contra eum nasci oportet: & in *d. l. 7. iuncta l. cum qui 13. C. si cert. pet.* hoc operatur respectus ad solam personam contrahentem, ut ne obligetur dominus cuius negotia gereretur, qui ex ratione iuris longe facilius excluditur ab obligatione & actione, præsertim extra casum præpositionis, quam ut excludatur persona ipsius contrahentis. Et igitur ex ratione iuris civilis institor & magister obligantur, sed ex ratione iuris prætorii etiam præponens utrumque.

Illud hic porro tractandum est, quid in mandante & in mandatario & simplici procuratore obtineat. Et eadem ratio iuris suadere videtur, ut teneatur procurator solus non etiam mandans: quandoquidem hoc specialiter à prætore ita constitutum est contra præponentem tabernæ vel navi, propter utilitatem & necessitatem quoque contrahendi, *l. 1. §. 1. & 5. de exercit. act. l. si quis 17. §. 2. de institor. act.* quæ ratio cessat in procuratore simplici. Sed tamen plenius hic distinguendum est: & 1. inter procuratorem verum & ei qui in genere quidem ita appellari potest, sed in specie vocatur nuntius: hic nunquam obligatur, sed ille tantum qui nuntium misit, quoniam hic tantum est instrumentum & ipsa verba quoque contractus in personam domini concipiuntur, ut proinde in neutro qui ex sua persona nihil agit non possit radicari obligatio: in quam rem textus elegans est in *l. & licet. 15. de constit pecun.* ubi Iurisconsultus removet obiectionem quod libera persona non acquirat alteri, & respondet in terminis nuntii iuxta præced. *l. 14 §. ultim.* quod persona nuntii nudum præbeat ministerium, & ita obligatio primo & immediate in ipsius mittentis persona initio inhæreat: & prorsus nuntius epistolæ vice fungitur cum qua etiam comparatur *l. 2. in pr. de pact.* & facit *l. ult. in pr. quod iussu*: neque distinguendum hic est, an nuntius sit constitutus ad quid determinatum an indeterminatum & generale, ut contra quosdam tradit *Salicet. in d. l. 7. C. quod cum eo n. 7.* Circa procuratorem verum variæ reperiuntur distinctiones apud Dd. tum inter species contractus, an sit mutuum nec ne, tum an procuratorio nomine quid gestum sit an proprio, an contrahens respexerit personam procuratoris an mandantis an quid in rem domini versum, & an hic ratum habuerit nec ne, ut videre est apud *Cyn. Salic. & alios in d. l. 7. C. quod cum eo.* Sed iam ante diximus, si quid in rem versum sit, utilem actionem in dominum dari *per d. l. 7.* qui textus etiam ostendit ex ratihabitione dominũ teneri, positis videlicet terminis habilibus, de quibus alibi tractatur: & hæc ipsa confirmant quod regulariter procurator

obligetur: quod etiam omnino ita constituendum videtur, ex ratione supra dicta, quod ipsius persona afficiatur, & quod nuntius ideo non obligetur, quoniam nudum præstat ministerium, quæ ratio cessat in procuratore: qui tanquam species disparata opponitur nuntio, quod etiam probatur ex *l. eum qui 13. C. si cert. petatur:* Attamen *Salicet. in d. l. 7. num. 8.* post Dd. excipit casum accepti à procuratore mutui, ut ex hac causa procurator non obligetur: ad quod adducitur textus *in l. si pupilli. 6. §. 5. de negot. gest.* ubi dicitur si procuratori meo quis mutuam pecuniam dederit mei contemplatione, adversus me actionem fore sed nullam adversus eum cui pecunia data fuit. Sed videtur mihi hæc res accuratius & subtilius tractari posse, quod nimirum in specie *d. l. 6.* procurator non tam contrahat sub qualitate procuratoris, quam potius subeat vicem nuntii, & ibi præstet nudum ministerium: quod confirmo duplici ratione: 1. petenda est à natura mutui, quod consistit in nuda numeratione, & ubi contemplatione mandantis pecunia numeratur eiusque nomine, ut proponitur *in d. l. 6.* non videtur affici persona accipientis: sicut etiam in simili qui meo nomine pecuniam numerat, mihi obligationem acquirit *l. cert. 9. §. penult. de reb. cred. iuncta l. 2. §. pen. eodem.* & quod in mutuo plurimum ad constituendam obligationem operetur intentio numerantis, confirmatur *ex l. non omnis. 19. in pr. de reb. cred.* hæc autem specialia sunt, & locum non reperiunt in aliis obligationibus, quæ contrahi & iniri non possunt, nisi ut afficiant personam ipsius contrahentis. Et hinc ex ista natura mutui potest sumi alia responsio *d. l fin. de instit. act.* de qua paulò ante egimus: quoniam ibi tractatur de eo qui præpositus fuit pecuniis mutuo accipiendis: ut videlicet si ipse pecunias mutuas accepit, contemplatione domini ei tanquam ministro creditas præsupponamus.

Altera ratio & magis principalis, propter quam ibi procurator nuncii vices fungi credendus est, inde desumitur, quod alter pecuniam dedit, animo gerendi negotia eius qui mandaverat, adeoq; nullo prorsus modo spectasse potest personam procuratoris qui pecuniam accepit: idque ipse textus docet, tum quod datur alteri actio negotiorum gestorum contra mandantem, tum quod expresse pecuniam credidit, ut pignus mandatoris liberetur, vel pecunia accepta creditori eius solveretur: improprie enim loquitur Iurisconsultus, quod & Accurs. notat, illis verbis, *ut creditorem tuum liberet*, pro eo, *ut te à creditore tuo liberet*, vel *ut creditori tuo solveret.* Est igitur hic est unus casus, in uno extremo constitutus, quo procurator partibus nuntii & ministri fungitur & nullo modo ipse obligatur. Alius casus est in altero extremo, ubi procurator in suam personam contrahit, & eius personam respicit alter contrahens, quo certum est obligari procuratorem *l. eum qui 13. C. si cert. petat.* & quidem ex ratione iuris obligari solum procuratorem ubi enim in eius persona consistit & radicata est obligatio, non potest ab eo in alium transire, nec alius quam ipse obligari.

Hac tamen ratione non obstante, videtur hoc quoque casu ex æquitate actio in mandantem competere, *argum. d. l. 13.* nam quod ibi dicitur procuratorem manere obligatum, & quidem, principaliter arguere videtur, quod etiam obligatio aliqua vel actio certe subsidiaria detur in dominum, & quidem utilis institoria, vel utilis ad exemplum institoriæ: quæ sententia confirmatur tribus textibus iuris qui iam occurrunt *in liberto 31. in fin pr. de negot. gest.* ubi etiamsi pecunia quam amicus vel libertus mandato Titii accepit non sit in rem eius versa, datur tamen creditori contra Titium actio ad exemplum institoriæ actio-

tiæ actionis: item in *l. Iulianus. 13. si procurator. 25. de act. empt.* ubi contra eum qui mandavit rem vendi datur actio ex empto utilis ad exemplum institoriæ; item in *l. penult. C. de exercitor. act.* ubi contra Domitianum qui mandavit accipere pecuniam datur actio ad exemplum institoriæ: neque enim in specie ea Demetrianum servum fuisse ponendum est, ut ibidem videtur velle Accurs. His tamen non moventibus verius mihi videtur, ut hic casus quo procurator nomine suo contraxit, priori casui oppositus, etiam habeat ius positum, & videlicet sicut illic procurator nullo modo, sed dominus solus tenetur, ita hic ex adverso, dominus nullo modo sed procurator solus teneatur: nam sicut illic non procuratoris veri, sed nuntii & ministri rationem habet, ad hunc effectum ut ne ipse obligetur, ita hic non procuratoris, sed cuiuscunque nomine suo contrahentis habeat rationem, ad hunc effectum ut ne mandans obligetur: ubi videlicet nomine proprio egit nec alterius fidem qui cum eo contraxit, spectavit: utcunque enim re vera rem alienam ex mandato agat, tamen in his terminis respectu eius cum quo contrahit procuratoris naturam non sapit, licet qualitas procuratoris maneat inter ipsos, mandantem scilicet & mandatarium, & quoad actiones mutuas mandati invicem exercendas: sicut & priori casu, ubi procurator nuntii vices subiit, qualitas tamen procuratoris quoad mandantem & mandatarium durat & subsistit. Itaque dicam textus modo relatos, quibus utilis actio contra mandantem datur ei qui cum procuratore contraxit, ad casum intermedium pertinere, quo simpliciter contrahitur cum procuratore, quem talem esse constat: nam cum utilis actio institoria competat ad exemplum & similitudinem directæ institoriæ, necessarium est, ut mandans cum præponente & mandatarius cum institore habeat similitudinem, quæ nulla est ubi procurator tanquam nomine proprio contrahit, & alter eius solus personam spectat. Igitur primo casu tenetur solius dominus. 2. solus procurator, qui ita dicitur in relatione ad mandantem: tertio casu intermedio tenebitur uterque procurator ex ratione iuris, dominus ex æquitate & quadam productione iuris prætorii: nam licet hic quoque contrahens respiciat ad dominum, id tamen non potest efficere, quo minus principaliter obligetur procurator qui contrahit: quippe quum etiam necessum est, in suam personam concipere verba contractus, quod alias non sibi, nec domino posset acquirere obligationem & actionem, ut docet *l. multum. 8. in fin. C. si quis alteri vel sibi.* Potest autem iuxta mandatum & ex mandato alterius contrahere, ut tamen sibi quærat actionem & in personam suam verba concipiat, ut docet *l. cum per eos. 7. C. si quis alteri vel sibi.* Et huic rei argumentum evidens est, tum quod ut modo dictum contra mandantem tantum datur utilis & quasi subsidiaria actio, quæ ex contractu ipso non descendit, cuius adeo propriam actionem salvam esse oportet contra procuratorem: tum quod etiam institor, ut ante probavimus, ipsa directa actione contractus tenetur, & tamen fieri non potest, ut hic contrahens non simul respiciat personam præponentis. Et hanc opinionem, quod procurator ipse obligetur, recte probat *gl. in l. procurator. qui 67. de procurat.* eaque ratione iuris considerata adeo certa mihi videtur, ut mirer olim inter veteres dubitatum hac de re fuisse, ut refert *Salicet. in d. l. 7. C. quod cum eo. num. 8.* & magis mirer, tam absurdam opinionem placere potuisse Iacobo de Ravenna, quod procurator non obligetur, nisi hoc unico casu, quo nominatim se suosque hæredes promittendo obstrinxit, cæteroquin non obligari, qui procuratorio nomine contraxerit.

Quæ ratio prorsus falsa & inepta est, & ego à Jacobo isto ita dissentio, ut ex diametro contra statuam, quicunque procuratorio nomine contraxit, non qua nuntius, eum obligari principaliter, dominum tantum ex æquitate: quandoquidem iuxta præmissa contra dominum datur institoria utilis: ex quo colligitur, contra dominum actionem dari, quatenus procuratori qualitas aliena institoris applicatur, nam utique procurator & institor omnino sunt diversa, & Iurisconsulti, ut mandans teneri posset, qualitatem illam institoris commenti fuisse videntur, ut ea sententia haberet colorem, quo opus non fuisset, si iuxta rationem iuris communis ex contractu procuratoris mandans obligatus fuisset: eoq; pertinet, quod procurator quis dicitur relatione ad mandantem potius quam ad eum cum quo contrahit, ubicunq; in personam eius verba obligationis conferuntur, eoq; facit, quod etiam filius iussu patris contrahat, ipse quoque in solidum obligatur, *l. 3. §. sed utrum. de minorib. l. pater. §. quod cum eo qua in al. qua de causa. l. 4. C. eod.* recte ab Acc. accipitur de filio, qui ut nuntius intervenit: *arg. l. ult. in pr. quod iussu.* Probatur hæc sententia etiam textibus, *in l. Servum Titii. 49. vers. & puto. D. mandati & in l. Papinianus alias l. si quis prohibuit. 14. de Publ. act.* Illic Titius qui tanquam procurator rem vendidit emtori obstrictus dicitur: hic itidem proponitur procurator qui rem distraxit ab emptore conventus iudicio empti: ut ridiculum sit, utiq; ineptum, fingere cum veteri illo interprete, quod utrobiq; procurator se hæredesque suos nominatim obligaverit, quod etiam inepte fingitur in specie *l. procurator qui 76. de procur.* cuius decisio, quod & Salicet observat, prorsus ita futura esset de indubitabili: accedit & hæc ratio, quod qui ex contractu sibi obligationem & actionem acquirit, eum vicissim obligari ratio suadet: atquin procurator sibi obligationem acquirit, *§. ex his 5. Inst. per quas person. l. solutum. 11. §. pen. de pignor. act.* nec quicquam vulgatius est, quam quod ex contractu procuratoris domino non quæratur actio, sed ei sola supersit mandati actio, qua hoc consequatur, ut procurator actiones sibi quæsitas cedere cogatur *l. possessio 49. §. ultim. de acquir. possess. Salicet. in d. l. 7. num. 8.* ubi aliam insuper responsionem *ad l. fin. de institor. act.* proponit, quod videlicet si talis sit actus ex quo procurator vel institor nullam sibi obligationem quærat: eo casu nec ipse obligetur: atquin in specie *d. l. ultim.* ex confessione illa aut cautione nulla potest obligatio quæri institori: quamvis hæc responsio pariatur instantiam, quoniam si procurator stipulanti promittat, utique obligatur, non obligat: nisi quis hic rationem sumendam putet ab obligatione præcedenti, cui accedit stipulatio, aut inter officium durans & finitum distinguat: ita enim *Bart. in l. procurator qui 67. de procuratorib.* quod ubi ita obligat se institor, ut nihil ipsi acquiratur, tunc officio finito non teneatur, quem casum esse ait *d. l. fin.* Et apparet igitur eum textum nostræ sententiæ non adversari: nec eidem obstat textus in *l. si cum venditor. 66. §. ult. de evict.* quoniam ut Salicet respondet ibi proponitur negotiorum gestor, & ratihabitio sequuta quæ tendit ad eum liberandum, facit ut contra dominum potius actio debeat dari: quamvis prorsus ibi non getetur, actionem competere contra ipsum absentis procuratorem.

Non obstat etiam, quod procurator ad litem non tenetur actione iudicati. *l. Plautius. 61. de procurator. iuncta l. 4. in pr. de re iudic.* quoniam ut gl. observat in *d. l. 67. de procurat.* aliud est in iudicialibus: cuius rei ipsa quidem hanc reddit rationem, quod in his actor spectet personam domini: sed non concludet ea nisi

nisi solius domini personam spectari probetur, non etiam procuratoris: quod ita esse argumentum præbet, quod iudicium & actio instituitur super causa veteri, quæ solum dominum conectit, & huius adeo solius negotium in iudicio versatur, illa enim nuda subtilitas iuris est, quod procurator dicitur fieri dominus litis; & tamen summo iure ipse procurator, in quem etiam ex ratione iuris nostri sententia fertur, tenetur, sed ex ratione iam dicta actio in eum denegatur *d. l. 4. in pr. de re iudic.* Huc etiam pertinet istud speciale, quod per stipulationem iudicialem procuratoris ad litem, sine cessione domino utilis actio acquiritur *l. in omnibus 5. de prætor. stipulat.* Ergo ut concludamus, procurator qua talis ipse obligatur, dominus autem non obligatur: nisi quatenus hic præponentis, ille institoris naturam imitatur, ut illi institoriæ actioni locus fieri possit, iuxta textus supra citatos: item nisi in contrahente talis sit respectus ad mandantem, ut procurator qualitatem & conditionem nuntii imitetur, & ita ut supra diximus, solus dominus teneatur. Dices, utique ex facto & contractu tutorum teneri pupullum, ut docent *l. post mortem 5. in pr. & §. 3. l. 6. 7. & 8. quand. ex fact. tut.* sed nimirum ubi in rem pupilli & tutorio nomine contraxerunt, & exigente hoc officio quod necessarium est: nam & vicissim ex facto & contractu illorum pupillo datur utilis actio *l. 2. d. tit.* Porro ubi alter omnino contemplatum domini contrahit, ibi procurator nuntii qualitatem subire videtur: eoque pertinere non inepte dicitur *l. cum qui. 13. C. si cert. pet.* aut pertinebit istud ad intermedium eorum, quo uterque tenetur: nam & hanc explicationem ille locus recipit.

Illud denique hic videndum superest, an sicut præponens obligatur ei qui cum institore contraxit, ita hic vice versa obligetur præponenti, atque ita huic contra contrahentem actio quoque concedatur. Et non videtur, ne quod prætor speciatim introduxit ultra mentem eius porrigatur: neque eadem utrobique militat ratio: quoniam est quod imputetur domino qui lucri sui causa negotiationi aliquem præposuit, qui ipsi rationes reddere administrationis tenetur: nihil autem imputari potest ei qui contraxit cum præposito ad distrahendas eiusmodi res quarum usus quotidianus est & necessarius; quæ ratio videtur insinuari *in l. 1. in pr. de instit. act.* ubi expresse dicitur prætorem non idem fecisse circa eum qui institorem præposuit ut experiri possit, & *in l. 1. §. sed ex 18.* prætorem non polliceri actionem navem exercenti contra eum qui cum magistro contraxit. Et tamen additur ibidem quod magistratus extra ordinem soleant iuvare exercitores, videlicet quod subintelligendum est, contra eos, qui cum magistris contraxerint; secundum quod explicari quoque oportet sententiam Marcelli quæ per modum limitationis, proponitur *in f. d. l. 1. de inst. act.* nimirum iuxta *l. 2. eod.* si aliter præponens rem suam servare non possit, id est, ut ibidem Accurs. explicat, si institor non sit solvendo, atque ita per modum restitutionis, & inde tamen non recte infertur, idem iuris esse debere in quovis procuratore, ut qui cum eo contraxit, à mandante conveniri possit: cum hic cesset ratio quasi publicæ utilitatis, & tritissimum sit, ex contractu liberi hominis non acquiri alteri actionem, & paulo ante diximus *ex l. 49. §. ult. de acquir. poss.* non nisi exceptione procuratoris mandanti actiones competere. Sed contra tamen responsum est *in l. Iulianus. 13. §. si procurator. de act. empt.* mandanti quoque utilem actionem competere exemto, ut verba habent, (abusione alibi etiam deprehendenda) pro actione, *ex vendito*: apparet enim eundem casum tractari qui in pr. §. proponitur, procuratoris vendentes; & inepta est altera explicatio gl. quam

R 3 nec

nec improbat ibidem Castrens. quod verba modo relata sint de casu procuratoris ementis: etenim secundum hanc explicationem & verbis proprie sumtis, siquidem de actione danda contrahenti ille locus accipiendus esset, scribendum fuisset, actionem ex empto in dominum competere: & sine controversia dominus ex usu iuris significat mandantem, nec nisi per explicationem valde duram, per dominum venditorem intelligere possis: & scilicet ad quaestionem in pr. §. duplicem duplex decisio refertur, quod & adversus dominum & domino actio detur, quae vocatur ex emto, quoniam verbo emtionis totum contractus significatur quae sententia est *l. ver. 19. de act. ems.* Et omnino ita argumentatur in d. §. 25. sive ICtus, sive Tribonianus qui fortassis illam clausulam adjecit, quod si contra mandantem datur actio ei qui contraxit cum procuratore, aequum etiam sit ex adverso, ut mandatori actio detur: & si hactenus mandans comparatur praeponenti, & procurator institori, ut contra illum actio utilis detur, poterit etiam porro comparationis hic effectus esse: ut mandanti ad instar praeponentis actio detur iuxta *d. l. 1. inf. de inst. act.* ex quo adeo videtur limitanda *d. l. 13. §. 25.* ut procedat ubi alias dominus rem suam à procuratore qui non est soluendo, servare non posset. Equidem Paul. de Castro rationem decidendi *ad d. l. 13.* ex eo sumit, quod procurator vendens contrahat ex re domini, quo casu utilem actionem etiam circa cessionem domino competere probat *l. quod procurator. 68. de procurat.* Sed siquidem ille textus accipiendus est de procuratore extraiudiciali ad negotia dixerim fallaciam esse homonymiae in verbis, *ex re domini*, quae si laxius accipiantur, pene quicquid procurator secundum mandatum domini facit, ex re eius facere dici possit, atque ita everteretur regula iuris, quae sine cessione negat per procuratorem domino acquiri actionem, aut regula illa non rebus sed in verbis erit posita, quandoquidem effectu nihil interest, utili quis an directa actione experiatur *l. actio. 47. de negot. gest.* Itaque d. l. 68. cum Accurs. ita accipienda erit, ut ad ea pertineat, quae ex re domini proveniunt & ei accedunt, veluti si procurator ex re vel pecunia domini fructus vel usuras stipulentur: quamvis & amplius Accurs. tum demum locum esse putet *d. l. 68.* ubi procurator domino vel sibi nomine domini dari stipulatus fuit.

XII.

Diximus de actionibus quibus generalis voluntas tacita & expressa regulariter causam praebet. Expressa specialis, iussus videlicet domini de aliquo contractu ineundo, producit actionem, quod iussu.

Huic actioni tantum locus est ex contractu servi vel filiifam. quos pater vel dominus contrahere iusserunt, & ob id actionem in se recusare non possunt, quoniam ut est *in l. 1. in pr. quod iussu*, pene cum eo ipso qui iubet contrahi videtur: quod praesertim hae personae sunt sub potestate & imperio aliorum, in quas iussum proprie loquendo locum habet, sed in liberis hominibus mandatum, in cuius arbitrio est mandatum suscipere vel non, imo etiam exequi, si interesse praestare velit: ut proinde minima eadem ratio suadeat, ob mandatum conveniri ipsum mandantem, iuxta dicta th. praeced. cum & amplius in materia acquisitionis & contractuum eadem censeatur persona pater & filius, dominus & ser-

vus. Quod si tamen ostendimus mandati verbo usus sit in servo, verbum hoc obliquatur,& pro iussu est quoad effectum ut hæc actio detur *l. 1. § 3. quod iussu.* Illud hic non est omittendum quod Dd. tres hic casus constituant & distinguant, quos refert *Ioh. Fab. in pr. §. si igitur. Inst. quod cum eo.* 1. Si dominus vel pater ipsi contraxerint,& ex causa aliquid servo vel filio dari iusserint. Et hinc nulla nascitur actio quod iussu,sed ipsi pater & dominus recta obligantur, *per l. ult. in pr. quod iussu*, ubi dicitur si dominus mutuam pecuniam accepturus iusserit numerari eam servo,cessare hanc actionem: & facit ratio th. præced. quod hic intervenit servus tanquam nudus minister & nuntius. Secundus casus est, si dominus mandavit contrahi,sed ita ut verba dirigeret ad alterum: quo casu Ioh. Fab. tradit nasci actionem quod iussu & simul actionem mandati inter dominum & eum ad quem verba directa sunt: veluti si dominus mandaverit Titio,ut servo sua pecuniam mutuam daret,aut rem suam venderet, cuius assertionis quantum ad actionem quod iussu dubie,& quæ tamen probatur *arg. l. 1. §. 1. & l. 2. in pr. quod iussu.* non inepta meo iudicio hæc videtur reddi posse ratio, quod qui hoc modo cum servo contrahi iubet vel mandati videtur implicite etiam servo mandare ut contrahat: hoc argumento,quod qui adiicitur stipulationi, procuratoris induit conditionem *§. si quis. 4. Inst. de inutil stipul.* & tamen hoc casu videtur etiam utilis institoria locum habere *arg. l. ult. C. de instit. act.* Tertius casus non est dubius, si dominus verba dixerit ad servum,quo actio quod iussu nulla autem mandati actio nasci potest. Illud ad limitationem thesis quæ facit mentionem specialis voluntatis, quæ frequentius causam huic actioni præbet,notandum est,nō ob id prorsus voluntatem aliquanto generaliorem exclusam censeri *per l. 1. §. 1. quod iussu.*

XIII.

Omnes species & qualitates voluntatis videntur concurrere circa actionem tributoriam.

Sufficit tacita voluntas,ut dominus sciat & patiatur *l. 1. §. 3. de tributor. act.* nec dubitari potest,quin etiam & tanto magis teneatur dominus, si expresse velit servum negotiari in merce peculiari. Et patientia vel voluntas potest esse generalis,& specialis,circa unam aliquam mercem: non tamen eo sensu, quo circa actionem quod iussu intelligimus specialem voluntatem ad hunc vel illum contractum: nam permissio negotiationis,etiam in una specie mercis, plurium & diversorum contractuum indeterminatam implicat concessionem. Sed nec eodem sensu tacita aut generalis hic dicitur voluntas domini, quo circa actionem de peculio: quoniam ibi tacita voluntas de contrahendo de qua ante diximus, est remotior, & colligitur ex concessione peculii; hic autem est propinquior continens scientiam de contrahendo & vocatur tacita, quatenus opponitur voluntati & iussui expresso; & magis quoq; generalis & incerta est illa voluntas, hæc autem magis determinata. Ex quo fit, ut in actione de peculio dominus utatur privilegio deductionis, quod in hac actione tributoria cessat *l. 1. in pr. de tributor. act.* ubi videlicet dominus permisit servo negotiari in merce peculiari: in quibus terminis utitur dominus si quid ei servus debeat eodem iure cum creditoribus qui cum servo super merce peculiari contraxerunt: & aut æqualiter pro rata *l. 5. §. tributio 19.* merces & quicquid ex iis redactum est *d. l. 5. §. sed etsi. 12. cum seqq. de tribut.*

tribut. act. distribuere inter creditores, aut mercibus cedere tenetur *l. illud. 7. §. 1. eod.* Ad quæ scilicet tenetur ex edicto, & si neutrum fecerit, nec mercibus cesserit, nec eas recte distribuerit, tum demum hac actione tributoria, quæ coercendo dolo comparata est, convenitur, per *l. 7. §. 2. de tribut. act.* & ostendimus ad *Treutl. p. 1. disp 24. th. 8.* nam quod dicitur in *l 8 eod.* non esse hanc actionem de dolo, non eo pertinet, quasi hac actione non coerceatur dolus, sed quod non sit actio famosa, quæ in specie appellatur actio doli, ut *ex l. praeced. 7. §. ult.* perspicuum esse potest: ut tamen hoc notetur, *in d. l. 8.* rei persecutionem continere, in specie usurpari, ut opponatur actioni famosæ, de dolo, quæ alias & ipsa rei persecutoriæ dici potest, quatenus hæc opponitur actioni pœnali in duplum triplum vel quadruplum: de qua re etiam supra in materia condictionum aliquid tractatum fuit.

XIV.

Porro, de peculio, in rem verso, institoria, tributoria, &c. non species separatas actionum, sed aliarum actionum qualitates designant.

Communis hæc est sententia, *gl. in § actiones & ibid.* post multos quos allegat *Ias. num 26. & Ioh. Fab. in pr.* & res ipsa loquitur, quod V. C. actio de peculio, de in rem verso, &c. nihil aliud sunt, quam actiones ex contractibus quos servus celebravit, sed quæ sub certis qualitatibus in dominum conceduntur. Ostendit hoc *l. 3. §. si filius 5. de pecul.* ubi tractatur an ex causa mandati vel fideiussionis actio de peculio competat: & expressius eadem *l. §. cui 7.* actionis mandati de peculio mentio fit & in *l. depositi. 5. de peculio*, dominus dicitur conveniri depositi de peculio, facit *l in bona. 36. eod.* cuius inepta esset tractatio, nisi actio de peculio nuda esset accessio aliarum actionum: item *l. ult. in f. pr. de novat. l. creditorem. 18. ad Macedon.* ibi, *eius actionis nomine qua de peculio competit*: nec alia ratio est actionis quæ institoria exercitoria vel quod iussu appellatur. Et tamen dissensisse hinc Jacobum de Rauenna & proprias has actiones existimasse refert *Iohan. Fab. in d. §. actiones. in pr.* sed levissimas duas affert rationes: tum quod hæ actiones habent proprios tractatus, tum quod actio mandati depositi, &c. civiles, hæ autem de quibus hic agimus prætoriæ sint actiones. Etenim responsio una & simplex est, quod hæc adiectio ita sit comparata, ut novas quasdem & proprias actioni primævæ addat qualitates & præstationes, & faciat ut actio contra eos detur, qui ex mera ratione iuris civilis conveniri non possunt: quod præcipuum est ex iure prætorio. Neque enim hæ adiectiones sunt mera & nuda accidentia, sed qualitates afficientes & alterantes naturam actionis, ut ita denominatæ, de peculio, de in rem verso, &c. quodammodo diversæ videantur ab actionibus principalibus: quo modo *Iohan. Fab in §. ult Instit. quod cum eo.* videtur explicare sententiam Iacobo: nam & ipsa actio contractus opponitur actioni de peculio *l. 3. §. si filio. 4. commodati & in l. cuicunque 5. §. sed cum fullo. 10. de instit. act.* actio institoria & ex locato opponuntur, sicut & *in l. si quis. 17. in pr. eod.* videlicet quo illa adjectio diversitatem ab actionibus primævis inducit: cæteroquin plus quam manifestum est, non constituere proprias & separatas actiones. Effectus autem huius rei in eo consistit, ut extra ea quæ propria & distincta habent hæ actiones propter illas qualitates, in cæteris imitentur naturam actioni

actionis principalis: cuius rei exemplum est *in l. cum post mortem in pr. quando de peculio annalis actio est:* ex qua actio de peculio ex contractu filii contra patrem competens eodem tempore finitur quo actio principalis: quod ibi proponitur in terminis V. C. finiti peculii, quibus actio ea fit annalis, ut scilicet si actio principalis breviori tempore finiatur, nec actio de peculio totum annum duret. Alius effectus insignis est, sed dubius: V. C. si filiusfam. vendiderit, locaverit, &c. quæritur an actio de peculio quæ competit contra patrem, sit itidem bonæ fidei, an vero stricti iuris. Et prius illud verius videtur, quoniam illa qualitas & adjectio non videtur tollere illam qualitatem, quæ à plerisque essentialis statuitur actioni. Eamque opinionem, quod actiones imbutæ istis qualitatibus ex iure prætorio, sint bonæ fidei, simpliciter proponit *Ioh. Fab. in §. actiones. 10. Inst h.t. in pr. & in d. §. ult. Inst. quod cum eo*, ubi ait quod istæ actiones regulentur secundum naturam actionis cui accedunt: ut frustra obiiciatur *quod in §. actionum. 28. de act.* non sint cnumeratæ: quoniam actiones separatæ non sunt, sed tantum aliarum adjectiones. Facit huc *l. in bona. 36. de pecul.* quo loco frustra institueretur quæstio de bonæ fidei contractibus, si qualitas, de peculio, prorsus faceret actionem stricti iuris: quod male post Gulielmum videtur affirmare *Bart. in l. 1. de pecul. num. 16.* ubi ait quod actio de peculio sit semper stricti iuris, licet actio principalis, quæ contra ipsum filium datur in solidum, sit bonæ fidei: quam sententiam magis videtur probare *Ias. in sæpe d. §. actiones. n. 27.* per unicum textum quem uterque adducit *l. mora 32. §. in bona, cum §. seq. de usur.* ex quo textu tale argumentum concluditur. In quacunque actione non veniunt usuræ ex mora, illa non est bonæ fidei: vel in omni actione bonæ fidei veniunt usuræ ex mora: atquin in actione de peculio licet ex causa bonæ fidei contractus contra patrem moveatur, non veniunt usuræ ex mora: ergo, &c. Dixerit quis negari posse maiorem, quoniam sicut non sequitur perpetuo, veniunt usuræ ex mora, ergo actio est bonæ fidei, argum. actionis ex testamento; ita nec necessario forte sequetur, non veniunt usuræ ex mora, ergo non est bonæ fidei actio: quoniam cum iuxta supradicta disputatione 6. sint multæ qualitates actionum bonæ fidei, ab una qualitate posita vel negata non videtur recte & necessario aut affirmative aut negative aut concludi posse. Sed tamen quod posita ista qualitate, præstatione usurarum ex mora, non ponitur actio bonæ fidei, contingit in unica specie actionis ex testamento, quam exceptionem suasit favor ultimarum voluntatum, ob quem actio illa in aliquibus participat cum actionibus bonæ fidei, eaq; exceptio diserto iure tradita est. Atquin ab regula quod in bonæ fidei actionibus præstentur usuræ ex mora, non deprehendimus aliquam actionem exceptam, eoque cum regulæ in dubio standum sit, recte concludi videtur, ubicunque non veniunt usuræ ex mora, non esse actionem bonæ fidei, & ita recte se habebit argumenti propositio maior: & illud adeo videndum, an assumptio, & quod in actione de peculio nunquam præstentur usuræ ex mora, recte probetur ex *d. l. mora. 32 §. in bona. 2. cum §. seq. C de usur.* Proponitur ibi quod in bonæ fidei contractibus usuræ debeantur ex mora, & subiicitur, *quid ergo si & filius & pater ex persona eius teneatur*, sive iussu eius contractum est, sive in rem versum est patris vel in peculium, cuius persona circa moram spectetur: & respondetur, si pater dumtaxat ex mora sua conveniatur, eum non teneri, scilicet ipsum patrem: inepta enim procul dubio explicatio est, quã ex Martino priori loco refert Accurs. quod ICtus illis verbis intelligat, non teneri filium: etenim pater hic comparatur fide iussori *l. cum filius. 49. in pr. de V. O.* qu

ex mora sua non tenetur, ut est *in d. l. mora.* 32. §. *ult. de usur.* circa quem tamen §. in casu hominis debiti à fideiussore occisi quo remedio succurrantur creditori, non videtur olim inter ICtos satis convenisse, ut colligere licet ex *l. cum quis.* 28. §. *si quis.* 4. *inf. de solut. l. si fideiussor.* 19. *de dol. mal. & d. l.* 32. §. *ult.* de qua re alibi tractatur: sed & illa alia quaestio est de effectu morae, qui conspicitur in perpetuanda obligatione, de quo hic non agimus, sed eo qui consistit in praestatione usurarum quicum nominatim proponatur *in* §. 2. *d. l.* 32. consequenter ad eundem referendum erit, quod proponitur *in* §. 3. eodem orationis contextu, & ita si V. C. filius conduxerit & pater interpellatus, quippe in quem ex contractu filii actio, datur, non soluerit, usuras ex causa huius morae non praestabit. Neque tamen inde consequens fit, quod pater conventus actione de peculio nunquam teneatur in usuras ex mora, & actio haec ut Bart. vult qualitate hac bonae fidei actionum destituta stricti iuris sit censenda: quoniam pater non est debitor principalis, sed filius, qui si interpellatus fuerit in mora, patrem conventum de peculio usuras praestare debere defendam: idque omnino videtur suadere oppositio casuum *in d.* §. 3. in his verbis, *quod si filius moram fecerit, tunc actor vel cum ipso in solidum vel cum patre duntaxat de peculio habebit actionem*, i. e. (quod eod. redit, sed fit ita oppositio clarior.) filius in solidum, sed pater tantum de peculio tenebuntur, & nimirum in id quod naturae actionis convenit, & de quo quaestio proposita erat, adeoque in usuras. Hoc autem confirmo dupliciter. 1. ex oppositione illa quam dixi: si pater moram fecerit, iuxta hunc textum non tenetur in usuras, sed si filius moram fecerit tenetur, & ergo itidem, ut oppositio constet, in usuras, & filius in solidum, pater de peculio: nam cum hactenus tantum super principali teneatur, nec ulterius poterit teneri super usuris. 2. quia actio quae datur contra filium comparatur cum actione quae datur contra patrem, hac sola differentia quod illa in solidum est, haec tantum de peculio: atqui dubitari non potest quin filius teneatur in usuras, ergo etiam tenebitur pater, quoniam ut dictum tantum in modo exigendi & quantitate condemnationis differentia est, quod pater peculio tenus convenitur. Atq; adeo ex isto textu probatur contra Bart. quod actio de peculio contra patrem competens etiam hac in re imitetur naturam actionis primaevae, & si haec contra filium bonae fidei fit, esse etiam illā: quod & amplius hinc confirmatur quod in §. nostro quē explicamus *ex l.* 32. *de usur.* tractantur etiam casus quib. iussu patris contractū & in rem eius versum est: cum autem cum illo ipso qui iussit contrahi videatur *l.* 1. *quod iussu.* & hic pater in solidum teneatur, absurdum sit creditorem non posse iuxta naturam contractus quē pater celebrari iussit, consequi usuras. Illud obiter annotandum, quod *inf.* §. 3. *l.* 32. respondeatur tantum de actione de peculio, vel exempli caūsa tantum, vel quia actio de peculio cum actione quod iussu & de in rem verso cōcurrit, vel quia ICtus casum magis dubium proponere voluit, quo nec iussu patris contractum nec in rem eius quicquam conversum fuit. Et haec quidem ad explicationem istius loci contra sententiam Bartoli annotare visum fuit. Quid autem si servus contraxerit? Dubium facit quod servus conveniri non potest, nulla autem mora est ubi nulla petitio est, ut habet regula iuris, & adeo cum in saepe *d.* §. 3. ex mora sua patrem non teneri respondeatur, efficietur ut ubi actio de peculio contra dominum datur, in eam non venire usuras, siquidem ipse sicut pater ex mora sua non tenetur & à servo mora committi non potest. Verum cum actionem non impediat defectus aliquis substantialium contractus, sed qualitas personae, & iure constituto qui cum servo contraxit actionem contra dominum habeat, & ex servi persona dominus

minus conveniatur, nec rationi conveniat, ut alia hac in re conditio sit actionis de peculio quæ contra patrem & eius quæ contra dominum datur, existimaverim interpellationem servi extra iudicialem, qualis etiam in aliorum persona causa moræ est, sufficere, ut servus dicatur constitui in mora, ad hunc effectum, ut actio de peculio detur contra dominum cum iisdem qualitatibus, quibus contra patrem ex mora filii datur: quoniam hactenus inter servum & filium nihil interest, videlicet quoad actionem de peculio, licet intersit, quoad actionem principalem: quod præsertim etiam servus ex contractibus quos iure celebravit facultatem habeat solvendi. Quod si hæc ita obtinent in actione de peculio, ut & ipsa bonæ fidei sit, etiam & multo magis circa actionem institoriam vel exercitoriam obtinebunt.

XV.

Illud hic etiam quæritur, an prætor actiones istas qualificatas ex necessitate deficientibus aliis actionibus introduxerit, an tantum ut plurib. actionib. esset locus.

Prius verius videri potest: ex ratione generali, quod prætor ubi suppetunt remedia ordinaria iuris civilis, non solet nova introducere remedia edicto suo, licet ea quæ semel introduxit ex necessitate, postea etiam aliis casibus accommodet per productionem. 2. per textum specialem *in §. actiones Inst h. t.* ubi dicitur actionem de peculio introductam esse à prætore, quia pater & dominus ex contractibus filiorũ & servorum suorũ ipso iure, i. e. ut omnes explicant, iure civili non poterant conveniri: quod & confirmat *l. 1. C. ne fit pro patre.* Ex adverso facit *§. ult. Inst. quod cum eo, ubi Inst.* ait, quod iussu patris vel domini contractum fuerit, ut in rem eius versum, directo posse ab illis condici, tanquam si cum ipsis principaliter negotium gestum esset, idq; etiam obtinere in eo qui institoria vel exercitoria actione potest cõveniri: ex quo, cum præsertim condictiones sint iuris civilis necessario efficitur, etiam civilibus actionib. hic esse locum, neq; adeo necessarias fuisse actiones prætorias. Eod. pertinet *l si institorem. 29 de reb credit. l. si quis. 17. §. ult. de instit. act l. ult. in pr. quod iussu. l. Item si 7. §. Interdum. 11. cũ § seq. ad SCt. Maced.* Quæ loca ut dixi, ostendunt, etiam iure civili actionẽ superesse: neq; n. probo quod Hotto putat *in §. ult. Inst. quod cũ eo.* omnes hos textus esse accipiendos itidẽ de actionib. prætoriis, & directo condici *d. §. ult.* nihil aliud significare, quã quod formula actionis dirigatur in ipsam personã patris vel domini: quæ quidẽ sententia prorsus mihi aliena videtur à mente illorũ textuum, & ex seqq. magis refutabitur. Existimo autẽ initio huc afferri posse, quod tradunt gl. & cõmuniter *Dd in l. 2. C de dol.* ubi quod dicitur, actionem de dolo cum nulla alia actione concurrere, ita explicant, ut intelligant excludi actiones speciales, nõ vero generales, veluti condictionẽ certi vel sine causa, quoniã species non possit excludere genus: hanc autẽ refert opinionem Iacobi *Ioh. Fab. in d. §. ult.* quod paulo ante citati textus intelligendi sint de condictionibus generalib. Istã autẽ opinionẽ & traditionẽ *Dd in d. l 2. C. de dolo*, plurib. iã examinare nõ libet, hoc tantũ cõtra eã moveri posse videtur, quod cõdictiones hactenus dicũtur generales, quia cõtinẽt sub se plures species, sed quæ cũ actionib. specialib. certo iure ex certis & propriis causis introductis cõcurrunt, ut apparet ex *l. certi. 9. de reb. cred.* & cũ adeo deficientib. actionib. specialibus prodita sit actio doli, dubitari posse videatur, an cõcursui isti hic possit esse locus. quod nunc quidẽ in medium relinquo. Deinde dixerit fortasse aliquis, olim quidẽ ei qui iusserat, vel in cuius rem versũ fuerat, nõ potuisse cõdici: postq autẽ prætor actiones proprias sive qualitates edicto suo

proposuit, etiam condictionem admissam fuisse, quod parum aut nihil interesset, an civili an prætoria actione quis conveniretur. Ubi tamen occurrit dubium, quod in textibus supra citatis non datur condictio ubi servus simpliciter contraxit, ita ut dominum sola actione de peculio obligaret, sed ubi iussus contraxit, vel ex contractu in rem domini quid convertit: quibus casibus duplex color est, quoniam cum ipso qui iussit contractum illic videtur *l. 1. quod iussu*, hic autem ex re ipsa dominus obligari censetur: sicut in simili, ubi ex re actio venit etiam pupillus & furiosus efficaciter obligantur *l furiosus. 46. de obl. & act.* eoque prætextu ex causa contractus cum institore celebrati convenitur præponens, quia iussisse intelligitur *d. l. 29. de reb. cred.* nam & generale iussum sufficere ostendit *l. 1. §. 1. quod iussu*. Et tentari possit, deficientibus vulgaribus actionibus, ICtos per interpretationem quandam condictionem hic concessisse: prætorem autem ex re & utile existimasse, ut præter illas indefinitas condictiones actiones ipsorum contractuum sub qualitatibus illis concederentur, cum præsertim condictiones omnes soleant esse stricti iuris: idq; etiam videtur velle *Ioh. Fab. in d. §. ult. Inst. quod cum eo. num. 2.* prætor inquit, fuit largus, & voluit abundare actiones: quamvis Fab. non obscure existimet *eod. loc.* ipsas actiones contractuum, quæ sub generali nomine condictionis continentur in patrem & dominum concedi: etenim ibi opinionem Iacobi qui intelligit condictionem generalem, non autem actionem ipsius contractus, improbat, adeoque contrario modo ipsi actioni contractus locum facit. Quæ opinioni mihi probanda non videtur: quoniam ita prætor fuisset nimis largus, & præter morem, imo pene officium suum fecisset, si competentibus ordinariis contractuum actionibus, introduxisset novas: quæ illis utiq; sufficientibus supervacuæ fuissent, quin quod prætor qualitates tantum addidit, argumento est, puris actionibus & sine illis qualitatibus locum non fuisse. Sed adducit Fab. tres textus pro sua sententia primo *in l. Iulianus §. si procurator. 25.* (hunc enim proculdubio voluit allegare) *de actionibus empti*, ubi ex contractu procuratoris actio datur contra mandantem. Sed de isto textu satis supra diximus, esse eam actionem utilem, quæ competat ad exemplum institoriæ, eoq; habendam pro actione prætoria, ad eum casum producta quatenus procurator hactenus institoris vice fungi videtur: illud enim nunquam admiserim, quod iure civili ex contractu procuratoris directa actio competat, quamvis hoc Dd. admittere videantur: plane ita scribit Ang. simpliciter *in. §. ult. Inst. quod cum eo*, quod cum mandante principaliter agere possit, qui cum mandatario contraxit: *Bart. in l. institorem. 29. de reb. cred.* eum textum explicat de mandato procuratorio: sed eam explicationem falsam, & ICtum intelligere existimo iussum proprie dictum in persona filii vel servi: est enim ille locus explicandus ex *d. §. ult.* ubi Inst. docet, ei qui institorem proposuit posse condici tanquam si iussu eius contractum esset, videlicet eo sensu, quo hæc verba accipiuntur sub tit. quod iussu: & iam diximus duas has esse causas & colores condictionis illius, quod ex iussu contractum aut in rem versum est: quod ut ad quodvis mandatum procuratorium extendatur, nullo modo ferri potest. Sed urgebit quis ex altero textu quem adducit Fab. *ex l ult. pro socio*, ubi ICtus iussu alicuius etiam cum extraneo societas coita sit, cum eo qui iussit directo agi posse respondet: iussus autem in persona hominis sui iuris nihil aliud esse potest quam mandatum. Sed respondebo interesse an verba mandati vel iussionis dirigantur ad procuratorem vel intermedia personam, an vero ad tertium, veluti si quis ita dixerit ad Titium, iubeo vel mando ut contrahas cum

Sempro-

Sempronio: & ad hoc demum casu procedet decisio *d. l. ult. pro socio*. quoniam hoc casu solius mandantis persona spectatur, & quod addi oportet, inter media persona in relatione ad mandatum, tantum nuncii & ministri vice fungitur, licet positis terminis habilibus ipsa quoq; obligari possit. 3. adducit Ioh. Fab. *l. si quis. 17. in pr. de inst. act.* ubi dicitur, si quis emendis vendendisq; mercibus præpositus sit, non solum institoriam actionem dari contra dominum, i. e. exempto vel vendito cum illa qualitate, sed etiam actionem redhibitoriam, vel ex stipulatu simplæ aut duplæ, videlicet si institor qui vendidit, promiserit evictionem. Respondebo hoc non fieri ex ratione civilis: sed potius prætorii. ex quo cum juris præponens teneatur actione principali, per consequentiam accessoriis quoq; fit locus: licet & tentari possit, actiones *in d. l. 17. in pr.* expressas re vera esse actiones institorias sed institoriã in specie & per excellẽtiam appellari, quæ principalis est ex ipso cõtractu.

XVI.

Ex hactenus enumeratis actionib. sæpe duæ aut etiã plures concurrunt, sed ita ut fere altera alteram cõsumat.

Notum est concursum à Dd. distingvi docendi causa electivum & cumulativum: ille est plurium actionum sed ex quibus una est eligenda, hic est plurium actionum, quæ vel simul vel successive & una post aliam moveri possunt, de quare alibi seorsim pluribus agemus. Concursus harum actionum iuxta thesin est electivus, quod paucis per species tractavimus eum Ioh. Fabr. *in §. præterea. 4. Inst. quod cum eo.* Quæritur 1. an actio tributoria & de peculio cumulative concurrant: quod recte negatur: quoniam descendunt ex una causa, ex contractu servi, idque apertius est, si prius actum fuerit actione tributoria, quæ regulariter est pinguior, & est in hanc rem textus satis expressus *in l. 9. §. de tribut. act.* Sed & actionẽ tributoriam & de in rem verso ita comparatas esse, ut una alteram consumat quamvis aliud videatur velle *gl. in d. §. 1.* rectius statuit *Ioh. Fab. in §. præterea. num. 9.* nam cum in tributoria privilegium nullum habeat dominus, nimis oneraretur si utraq; actione conveniretur: facit *§. cæterum. 5. vers. u quoq; Inst. quod cum eo. &c.* ubi Inst. proponit concursum actionum de peculio, tributoriæ & in rem verso, neque ita solicite tractaret utra actione experiri sit utilius, nisi una per alteram consumeretur: plane cum constet, tributoriam & de peculio non concurrere cumulative, probabiliter idem de actione tributoria & de in rem verso dicemus. Propria autem ratio est actionis de peculio & de in rem verso, quas uno libello cumulari docet *Iust. in §. præterea Inst. quod cum eo* licet n. hoc proponat fieri per modum unius actionis, tamen ut supra ostensum, istæ actiones re vera sunt diversæ, & eadem ratio est, si de iis seorsim movendis quæratur, & probat *l. 1. §. 2. vers. certe de in rem vers.* ubi tum demum dicitur per actionem de peculio consumi actio de in rem verso, si dominus illa convenrus præstiterit quod in rem versum est; & hic videlicet non tam contractus servi, quam quod dominus locupletior factus est attenditur. Tractat etiam Ioh. Fab. d. loc. de concursu actionis institoriæ & de peculio; & ex ratione iuris videatur distinguendum, an prius actum sit illa an hac; quoniam alibi [illegible] est ut in concursu duarum actionum, quarum altera magis, altera minus plena est, hæc illam non consumat. Sed contrarium suadet, tum quod Iust. *in d. §. 5. Inst. quod cum eo in pr.* stultissimum eum appellat, qui eligit actionem de peculio; tum quod traditio modo relata procedit, ubi actiones habeant diversas causas; hic autem actio institoria & de peculio habent eandem agendi causam:

sam: falsum enim est quod Ioh. Fab. ait, actionem de peculio esse ex contractu servi, sed institoriam et ceteri esse ex contractu ipsius domini. Neq; movet quod iuxta prædictum contra præponentem quoq; condictio datur *leg. 29. de reb. cred. §. ult. Inst. h. t.* etenim utcunq; ex diverso iure hæc actio concedatur, non tamen inducit diversitatem causæ, sed illa condictio idem habet principium, quod actio de peculio & actio institoria. Accedit textus *in l. sed etsi 4. §. ult. quod cum eo.* ubi per actionem de peculio consumitur etiam actio quod iussu, quæ tamen magis videri possit ex contractu domini *arg. l. 1. §. 1. quod iussu*: idemq; confirmat *l. habebat 12. de institor. act.* quæ simul cum *d. l. 4.* ostendit, non nisi ob dolum adversarii vel iustum errorem succurri creditori. Sed non opus est pluribus verbis, siquidem *Ioannes Fab. in d. §. præterea. 4. n. 12.* in hoc omnes consentire ait, quod si sententia lata sit in una actione, alia moveri non possit, ut proinde nihil necessum fuerit prolixa eius disputatione, quoniam certi iuris est, actiones quæ se invicem non consumunt, etiam post sententiam in altera latam in iudicium deduci posse: nam quod hoc aliquando obtinere diximus in his actionibus, non est iuris ordinarii, sed extraordinarii & æquitatis, ut V. C. propter iustum errorem vel liceat post litem contestatam actionem mutare, vel etiam post sententiam aliam instituere. Quoniam itaq; hæ actiones altera alteram consumunt, in eligenda actione quæ commodior est, cautum oportet esse creditorem, quem informat Iust. *in §. cæterum. 5. Instit. quod cum eo.* Prærogativa earum actionum in duobus videtur spectari. 1. in natura ipsarum, veluti quod in solidum competunt vel non, qua de causa præstat agere quod iussu vel institoria quam actione de peculio: itemq; quod dominus privilegium habet vel non: qua de causa utilius est experiri actione tributoria potius, quam de peculio *d. § 5 vers. tributoria.* 2. In quibusdam accidentibus quorum varia sunt: unum à quantitate peculii, an sit copiosum nec ne, qua de causa quandoq; expedit uti actione de peculio quam tributoria *d. §. 5. vers. rursus.* Aliud est à facilitate probandi: qua de causa expedit agere actione institoria, quam de in rem verso, *d. §. in pr. vers. sed erit.* 3. à qualitate concessionis domini circa negotiationem in merce peculiari *arg. d. §. 5. vers. & potest.* 4. à iure domini in peculio, an videlicet ei aliquid servus debeat nec ne. Et 5. deniq; à facto servi vel cuiuscunque præpositi, an legem & voluntatem à præponente præscriptam observaverit nec ne. Pro quibus qualitatibus creditorem mature statuere oportet, quæ actio ipsi futura sit commodior.

XVII.

Hæc de actionibus quæ ex conventione aliena competunt: *a*) Sequitur de iis quæ dantur ex delicto *b*) alieno: & scilicet vel bestiæ nostræ vel hominis, & huius vel servi vel filii *c*)

a) Videlicet quæ perpetuo & sua natura tales sunt, nam alias multis casibus ex conventione quoque procuratoris in dominum actio datur, quas ex parte supra attigimus.

b) Delictum hic sumimus laxius, ita ut distinguamus in proprium & improprium. nam proprie loquendo delictum formaliter cõsideratum in bruta non cadit. *c*) Dicimus hoc ad rationem iuris veteris, cuius hac in re acerbitas post sublata fuit, ut mox dicemus. Tractamus autem hic de actionibus quæ moventur civi-

liter,

liter, nam actiones criminales & quæ tendunt ad pœnam, ut loquuntur corporis afflictuam, in alium quam ipsum delinquentem exerceri non possunt, adeo ut nec expresse quis pro alio ad eiusmodi pœnam se obligare possit: quoniam promissio non est modus delinquendi, de quo diximus ad *Treutl. p. 2. de fideiuss.* circa quæstionem, an in criminalibus caussis fideiussor admittatur. Videri possit hic obstare, quod mandans delictum aliquod committi, ipse quoq; criminaliter tenetur, ut probatur ex textibus *in l. nihil. 15. §. 3 ad L. Cornel. de Sicar. l. 5. C. de accusat. l non solum. 11. §. si mandato. 3. de iniur. l. hac verba. 12. de adult. iuncta l si quis. 7. §. hoc vero. 5. de iurisdict. & §. pœnales 12. inf Inst. h t. l. 3. § deiecisse 12. de vi arm.* Sed responsio facilis est, quod ipsum hoc mandare ut alius delinquat, est delinquere, & mandans tenetur perinde ac si ipse delictum perpetrasset: quamvis ex solo mandato non teneatur, nisi quod aliquando extra ordinem punitur *l. 1. de extraord. crimin.* sed ex delicto commisso propter mandatum, & quatenus causam præbuit *d. l nihil 15. in pr.* de qua re & aliis quæ circa hoc moveri possunt, an & quatenus teneatur mandans si delictum sequutum non sit, & quid si longiori post tempore sequutum sit; & an mandans teneatur ex delicto proprie an per interpretationem, an & quatenus mandatarius excusetur, an huius & mandantis idem sit delictum: item de eo qui suadet & consulit ut alius delinquat, quomodo hic differat à mandante, & an teneatur: si alter etiam citra suasionem & consilium id facturus fuisset: de his & aliis non est hic agendi locus, & de iis bene tractat *Bart in d. l. 11. §. 3. & in l. sed si unius. 17. §. si servus meus. 2. de iniur. Iason. in §. omnes 21. Inst. de actionibus num. 3.* ubi plurimos allegat.

XVIII.

Porro servus delinquit aut sciente aut ignorante domino: & qui scit, vel scit tantum vel mandat: & rursus sciens tantum vel potest prohibere vel non potest, qui quo ad hanc materiam habetur pro ignorante.

Hæc membra circa hanc tractationem occurrunt, sed non omnia ad hunc locum pertinent: & ante omnia eximendus est casus eiusmodi delicti, ex quo ipse servus coercendus est: ille enim civiliter quidem conveniri nequit, cæteroqui criminaliter in ipsum & liberum factum, & adhuc servum manentem animadvertitur *l. hos accusare. 12. § omnibus. 4. de accusat.* ut tamen, quod obiter addimus, hoc intersit, an servus ultro, an iubente & imperante domino deliquerit, non quidem ut à pœna prorsus immunis, sed ut mitius puniatur, quamvis in levioribus plane etiam videatur excusari: de qua re videndi sunt textus *in l. ad ea 157. de regul. iur. l. is qui 6. § tutoris quod vi aut clam. l servus. 20. de Oblig. & act. l. sed si unius 17. § si iussu 7. de iniur. l. 2. §. 1. de noxal. act.* Eximenda etiam quæstio est de coercendo domino qui servo delictum mandavit, hic enim ipse dominus delinquere intelligitur iuxta dicta th. præc. Hic autem quærimus de actione civili contra dominum danda: ubi interest iuxta thesin an dominus sciverit & prohibere potuerit, an vero ignoraverit, vel sciens prohibere non potuerit: illo casu tenetur directo in solidam damni æstimationem, & multo adeo magis si mandavit, *leg 2. de noxal. act.* & iste quoque casus proprie huc non pertinet, quia perinde hic tenetur ac si ipse deliquisset: sed hic demum casus, quo scilicet, in dominum sola competit actio noxalis: nam & illo casu, si servus sciente vel mandante

domino

domino furtum commiserit vel damnum dederit, actionem noxalem moveri posse à volente, non dubitatur. Intenditur autem ista actione non præcise ut noxæ dedatur, sed alternative, permissa electione domino, an æstimationem damni præstare, an servum noxæ dare velit & inde noxalis appellatur quoniam dominus evitat condemnationem aut potius æstimationem damni, si servum noxæ dedat, id est, si pro noxa & delicto commisso ei cui damnum datum est, tradat: ex quo solo apparet abusive dictum imo falsum esse quod à Tribon. scriptum est *in §. 1. h. t.* noxa esse ipsum corpus servi quod nocuit: cuius rei absurditas quam ibid. notat Hottom. ex vulgatissima quoq; propositione iuris nostri, quod noxa caput sequatur *l. 68. de furt.* & passim coarguitur. Quin potius ad æstimationem damni videtur tantum agendum, cum noxæ deditio tantum videatur esse in solutione *per l. 6. §. 1. de re iud. not. Ioh. Fab. ad pr. I. de nox. act. in fin.* ubi tamen addit non nocere sed utile esse agere alternative, cum & ita condemnatio fiat *d. l. 6. §. 1. & §. 1. Inst. de off. iud.*

Constituenda autem hic est huius actionis causa. Diximus eam esse ex delicto servi, & adeo cum ille qui contrahit, non delinquat, sequitur ex contractibus servi noxalem actionem contra dominum dari non posse, *l. 1. de noxal. act. l. ex contractibus. 49. de oblig. & act.* ubi traditur etiamsi filiusf. vel servus in contractu dolum admiserint, noxalem actionem cessare: quod confirmatur *ex leg. si quis 9. al. l. si oleum. §. pen. de dolo.* atque ita ex adverso ex delictis servi non datur actio de peculio in dominum *l. ex pœnalib. 58. de regul. iur.* idq; simpliciter: nam ex causa delicti commissi à filio aliquando actio de peculio in patrem datur, non quidem directo & immediate, sed mediate, interveniente novatione iudicati *l. 3. §. idem 11. de pecul.* Ei vero quod diximus ex causa contractus non esse locum actioni noxali, non obstat *l. inter causas 26. §. sed cum servus. 7. mandati*, ubi dicitur, si servus mandato tuo speciali à me emptus, mihi furtum fecerit, mandati actione me consequi posse ut servus noxæ dedatur vel relinquatur: quod etiam probatur ex *l. si servus. 31. de pignor. act. & l. si servus. 61. §. 1. cum seqq. de furt.* etenim illis locis minime probatur, quod ex causa contractus noxalis actio detur, sed quod actione contractus hoc & quasi ex accidenti consequar, ut servus noxæ dedatur: V. C. actio pignoratitia vel mandati contrariæ in hoc competunt, ut quicquid ex causa illorum contractuum damni accepi, mihi præstetur: ergo ubi servus pignoratus furtum mihi fecit, ego pignoratitia contraria pro restitutione damni, quod consequor vel solidum si debitor pignoraos in culpa fuit: cæteroquin electionem habet dominus, an æstimationem damni præstare, an servum pro dato damno mihi tradere vel relinquere velit, quoniam noxali actione directo instituta plus consequi non possem, & huc etiam referenda est *l. 4. de condict. furt.* ex qua condictio furtiva ex furto servi datur contra dominum in id quod ad eum pervenit, ita ut quoad residuum servum noxæ dedere possit. Et igitur paulo crassius loquitur *Ioh. Fab. in Inst. de noxal. act. n. 2.* quod his casibus agatur ex contractu actione noxali: Præbet autem huic actioni causam delictum privatum regulariter, publicum non nisi iis casibus, quibus alias actio civilis contra hominem liberum delinquentem locum haberet: criminaliter autem contra ipsum servum proceditur, ut docet *l. 4. C. ad L. Iul. de vi. l. has accusare 12. § omnibus. 4. de accusat.* atq; ita accipienda est oppositio *in l hac stipulatio. 200. de verb. Signif. l. quis sit. 17. §. noxas. de ædilit. edict.* agi noxali actione ex delictis privatis non publicis criminibus, quatenus scilicet, hoc enim sub intelligendum est, ut publica exerceantur & tractan-

tractandi. Illud hic quæritur, an etiam ex quasi delicto servi noxalis actio in dominum detur. Affirmat hoc *gl ad d. tit. Instit. de noxal. act.* sed ea assertio aut falsa aut certe particularis est, *per l. si servus 42. de furt.* cuius species hæc est: si servus voluntate domini exerceat navem, dominus vel in solidum vel utiq; actione tributoria tenebitur: quod si id faciat citra voluntatem domini, non ultra nisi de peculio tenebitur: quæ intelligitur vulgaris actio ex contractibus servorum *in d. l. 42.* & opponitur iis quæ in solidum dantur. Jam ponamus servum qui exercuit navim usum fuisse opera nautarum improborum, qui aliquid vectoribus subripuerint, (qui talium hominum opera in exercenda nave caupona aut stabulo utitur, ex quasi delicto tenetur *§. ult. Instit. de obl. quas. ex delict*) Respondetur *in d. l. 42.* quod dominus tantum de peculio non etiam actione noxali conveniatur: idque & ratio suadet, quoniam ibi nullus dolus, sed culpa eaq; tantum præsumpta est, & quæ originem trahit quodammodo ex causa contractus: & confirmatur hoc alio exemplo quasi delicti *ex tit. de his qui deiecerunt. l. 1. §. cum servus, eo titulo*, ubi additur ratio, quod cum servus nihil nocuerit, nec sit locus actioni noxali. Quod autem in ea specie nec actioni de peculio locus esse videtur, sed servus tantum castigatur, hanc rationem habere videtur, quoniam nulla prorsus conventionis species ibi intercedit: in cuiusmodi terminis procedit hæc consecutio, ut quia servus castigandus est, cesset actio noxalis in dominum: in terminis autem delicti veri minime procedit, quippe in quibus actio noxalis semel nata est: servum autem qui delictum commisit, castigari posse probatur ex textibus *in l. 7. §. 3. de iurisdict. l. quod si minor. 24. §. si servus. 3. de minorib. l. sed si 17. §. cum servus. 4. de iniur.* Sed quæritur an castigatio servi in corpus consumat actionem noxalem contra dominum. Plane ubi publice interest, velut in casu corrupti albi prætoris, in specie *l. 7. de iurisdict.* huic quæstioni non videtur esse locus, nam hic servus si non defendatur à domino in corpus punitur *d. l. 7. §. 3.* sed ubi privatim interest, si servus damnum dederit, furtim vel iniuriam alteri fecerit. Et videtur decisio huius quæstionis pendere ab ea quam tractavimus ad *Treutl p. 2. de privat. delict.* an persecutio criminalis V. C. furti, consumat actionem civilem: etenim castigatio est criminalis pœna, noxalis autem actio datur & quasi subrogatur in locum actionis civilis, quæ ex ratione iuris nostri contra hominem liberum daretur. Consumi autem noxalem actionem per castigationem servi, non male probatur *ex d. l. 7. §. 4. de iniur.* ubi dicitur dominum debere servum præstare castigandum, vel si verberibus satis non fiat, debere noxæ dedere aut litis æstimationem sufferre: & ita quoque *in d. l. 24. §. 3. de minor.* traditum servum verberibus castigandum aut noxæ dedendum: hæc autem alternativa excludi concursum cumulativum. Istud autem mirum videri possit, quod *in d. l. 17. §. 4.* electio permittitur domino, an servum castigandum exhibere, an noxæ dedere velit: quippe eius videbatur esse debere electio, qui passus erat iniuriam, qui contra hominem liberum iniuriam facientem actione prætoria pœnam pecuniariam petere potuisset. Fortassis de hac re ex causis & circumstantiis statuit magistratus, & facilius in casu iniuriæ factæ, quo nihil alteri pecuniariæ abest, arbitrium domino concedit: quod sane aliis casibus, quibus furtum factum aut damnum alteri datum est vix poterit ei concedi sine iniuria actoris, quem æquum est ad minimum in compensationem damni dari, habere servum. Plane possit fortassis defendi noxali actioni locum esse in ea specie quasi delicti, quæ proponitur *in §. 1. vers. cui similis. Instit. de obl. quas. ex delict.* si servus ea parte, qua vulgo iter

sit, aliquid positum vel suspensum habuerit, quod damnum dare possit. Illud etiam ad hanc tractationem de causa huius actionis pertinet, quod supra tractavimus circa actionem de peculio, an hæc actio noxalis sit dativa an nativa. Videtur & hic duplex considerandà actio, altera quæ daretur ex eiusmodi delicto adversus quemvis hominem liberorum delinquentem, & adversus ipsum olim servum jam manumissum, altera quæ adversus dominum datur: illa omnino est nativa cujus causa proxima est delictum, & post manumissionem contra ipsum delinquentem locum habet *l. licet* 4. C. *an servus pro suo fact.* §. *omnis* 5. *Inst. de noxal. act.* alia enim hic delictorum, alia contractuum & conventionum ratio est: ex his in servitute celebratis nulla contra manumissum actio est *l. 1. & 2. C. an serv. suo fact.* quia volentes cum servis contrahimus, nec potest quis censeri contrahens respexisse eventum & casum libertatis: inuiti autem patimur damnum, & ex delicto regulariter pœna in corpus est, ex conventionibus autem obligatur quidem persona, sed propter bona, ut ex his aliquid præstetur & ergo dubitari non potest quin actio ex delicto contra servum competens sit nativa. De actione quoq; noxali quæ contra dominum datur, refert ex Jacobo *Ioh. Fab. ad pr. Inst. de noxal. act. inf.* quod matrem habeat obligationem: verum hoc quatenus dominus convenitur sub qualitate noxali, dubium habere videtur: etenim actio noxalis non est per se subsistens actio, sed actionum aliarum ex delicto, furti damni dati, iniuriarum &c. adjectio §. *sunt autem. Inst. de noxal. act.* ubi tamen Joh. Fab. notat, hanc qualitatem non ita alterare naturam actionis, sicut illas de quib. in præced. egimus: etenim actio noxalis etiam contra dominum intenditur pro æstimatione damni, & noxæ deditio in solutione tantum est *l. 6* §. 1. *de re iud.* Attamen ut actio nativa dici possit, necesse est obligatum illum esse, qui convenitur: quod cum fallat in domino, nec potest hæc actio ista cōsideratione nativa esse: eo quoq; argumento, quod alias contra eundē perpetuo competeret, noxalis autem actio in eum transit, in quem servus est alienatus, & hoc modo quadantenus naturam actionis in rem imitatur.

Hæc de servo Filiifam. nomine vetustissimo iure noxalem actionem in patrem competiisse scribit Justin. *in* §. *ult. Inst. de noxal. act.* cuius ratio desumi potest ex iis, quæ præ cæteris prolixe satis & eleganter scribit *Dionys Halicarnas. l.* 2. quod ex lege Romuli pater in omnes cuiuscunque dignitatis & ætatis liberos summam habuerit potestatem ius etiam vitæ & necis & tertium vendendi, eamq; legem adeo probatam & receptam Romanis, ut eam trecentis post annis repetierint, & in 12. tabulas retulerint decem viri. Sed post summa illa potestas morībus sublata, & inter cætera ius vendendi iam olim elusum fuit, ut apparet ex § *præterea*, 5. *Instit. quib. mod. ius patr. pot. solu.* Et verisimile est sensim etiam hoc ius noxæ dedendi liberos ad hoc agendi, fuisse abolitum, testante ipso Just. *in d.* §. *ult.* ubi hoc ab usu communi penitus recessisse ait. Et ex eo §, quatuor rationes colliguntur, quarum una specialis est, & propria filiabus, pudicitiæ consideratio: tres communes, miseratio liberorum qui ita deducuntur in servitutem: miseratio patris, qui in ipsis liberis pati videtur arg. *d.* §. *ult. & l.* 8. *inf. quod met. caus* & deniq; quod ipsi filiifam. pro suis delictis possunt conveniri. Neq; movet, quod pater æstimationem litis præstando evitat necessitatem dedendi noxæ: quoniam multi patres eam ob tenuitatem patrimonii sufferre non possunt, neque ut sufferant eos cogi æquum est, de quo dicemus in corollario primo.

Attingit *Ioh. Fab. ad pr. Inst. de noxal. act. n.* 3. quæstionem, an & quatenus quis ex delicto famuli sui liberi hominis teneatur & conveniri possit. Primus hic casus est,

est, si ignoret dominus famulum deliquisse: & prorsus negative respondendum est, quoniam cessat noxalis actio, cum liber homo noxæ dari nequeat. Alter casus huic similis est, si sciat dominus & prohibere nequeat: neque ulli hic actioni nisi contra ipsum delinquentem locus esse potest Tertius quoq; casus expeditus est, si mandaverit dominus, tunc enim iuxta prædicta tanquam ex proprio delicto etiam criminaliter convenitur. Quartus casus est, si sciens cum possit non prohibeat, sed conveniat: Et hic videndum puto, an ista conniventia incidat in speciem mandati; quod æstimari potest ex morib. domini, ex persona in quam delictum commissum est, si forte famulus occiderit vel læserit inimicum domini, ita ut hic alias forte solitus atrociter exercere inimicitias, præsumi possit hoc omnino voluisse, & famulus in vindictam domini fecisse: quibus concurrentibus in dominum saltem extraordinem animadverti ratio suadet, imo sanctissimum esse ait Joh. Fab. & facere contra plures maleficiosos, qui fovent versipelles & gaudent quando vindicantur per alios: idq; obtinere putat Joh. Fab. etiamsi qui deliquit, non sit de familia: ut inde apparet nihil speciale hic esse in famulis, cum & quovis libero homine in gratiam alterius delinquente, in terminis jam positis ille ex mandato quodam tacito teneatur: nisi quis hactenus differentiam agnoscat, quod facilius in famulis eiusmodi præsumptiones reperiunt locum. Latius hoc tractandum esse, an & quatenus quis sciens alium delinquere, nec prohibens cum posset, teneatur, prohibere scilicet valens, non iure potestatis aut imperii, sed aliis quibusdam modis, media subtrahendo, alteri opem ferendo vel ad magistratum deferendo. Notum est illud Ciceronis, quod qui iniuriam non inhibet cum posset, tam sit in culpa quam qui facit: sed vereor ut illud simpliciter in Republ. obtinere possit: sed pertinebit hoc ad cognitionem magistratus qui de hoc ex facultate impediendi qualitate delicti & aliis circumstantiis statuet & cognoscet: neque enim simpliciter quisq, patiens aliquid fieri nec prohibens, multo minus ead. pœna poterit teneri: nam *in l. quid ergo. 13. §. 1. de his qui not. infam.* agitur de patre qui potest prohibere iure potestatis: quod etiam in terminis domini non prohibentis traditur *in l. scientiam. 45. in pr. ad L. Aquil.* quamvis extra casus singulares ultra actionem civilem hoc extendendum & generaliter statuendum nec in patre & domino videatur, ne deterioris conditionis sint quam alii, quorum sane ex hypothesi facultatis prohibendi ead. ratio esse videtur, sed dominus & pater facilius inhibere posse creduntur. Cæterum nihil huc pertinet *l. si servo 5. §. 1. de his qui effud.* quoniam quis ibi tenetur non ex delicto alterius, sed proprio, licet eo non vero sed quasi, ea specie quæ proponitur *in §. 1. in pr. Instit. de oblig. quas. ex delict.* paterfam. enim qui inhabitat interpretatione & præsumtione quadam iuris censetur esse in culpa, eo facilius, quod alias damnum passo vix posset consuli, cui prorsus difficile esset designare certam personam quæ effudit aut dejecit. Alia quæstio est de conscciis, qui in atrocioribus delictis pœnæ quoq; subiici solent, veluti Majestatis *l. 5. C. ad L. Iul. Maiestatis*, parricidii, *l. utrum ad L. Pompeiam de parricidiis*, raptus, *l. raptores. 54. §. 1. C. de episc. & cler.* de quibus non est hic agendi locus; ne plura etiam de noxalibus actionibus hic addere libet, de quarum natura quædam diximus *disput. præced. p. 1. th. 17.*

XIX.

Hæc de delicto hominis: Sequitur delictũ bestiæ vel bruti, ob quod itidem dominus noxali actione tenetur.

Cessant hic quæ de mandato aut prohibitione in servo locum habent. Est autem ut prædiximus delictum hoc impositum, nam ut *Just. ait. in §. 2. Instit. si quadrupes paup.* non potest animal injuriam fecisse dici quod sensu caret, id est, quod non sentit scit & intelligit se delinquere, (constat enim quod bruta sint corpora sententia) quoniam abest propositum delinquendi:qua de causa formaliter non possunt dici delinquere, sed materialiter, eodemq; modo ad abolendam sceleris memoriam aliquando fiunt objecta pœnæ. Sicut tamen per similitudinem dicuntur esse perita juris naturalis *in pr. Inst. de iur. natur.* ita eod. modo possunt dici facere iniuriam: quod eleganter confirmatur *ex l. 1. §. cum arietes. 11. si quadrup. paup.* ubi distingui inter arietem vel bovem provocantem & provocatum: eoq; respectu accipienda est distinctio *Ioh. Fabr. in pr. Inst. si quadrup. paup. nu. 7.* an canis qui carnes comedit fuerit in culpa, veluti si fregerit vas aut everterit ollam nec ne. Vt huic actioni locus sit, requiritur 1. ut bestia sit quadrupes arg. rub. videlicet nascatur directa actio, si enim bipes damnum dederit, utilis actio est *l. 4. h. t.* 2. Videtur requiri, ut bestia sit ex pecudum numero, eo argumento, quod de cane in specie cautum est edicto ædilitio *§. ult. Inst. si quadrup. paup. l. h enim 4 cum. 2. ll. seqq. de ædil. edict.* cuius rei ratio fortassis hæc fuit, quod ex cane noxæ dedito vix ullam utilitatem referret qui damnum passus est. 3. requiritur ut bestia citra culpam & instigationem alterius dederit damnum, alias & ex l. Aquil. agitur *l. 1. §. 4. 5. & 6. h. t.* ideoq; *in pr. Instit. eod. & in d. l. 1. §. 4.* proponuntur exempla equi calcitrosi & bovis cornu petere soliti, quoniam si tale quid facere soliti non fuerunt, præsumuntur fecisse culpa alterius. 4. requiritur ut sint bestiæ mansuetæ, quia oportet ut damnum datum sit à bestiis contra suam *in pr. & §. 1. Institut. h. t.* id est contra naturam ordinariam eius generis animalium, per lasciviam, pavorem ut apud Theophilum est, favorem, aut feritatem, dum sc. quasi ferarum bestiarum induunt naturam: quod *in d. pr.* propositum in fin. eiusdem illustratur exemplis equi calcitrosi & bovis cornupetæ: in quo nihil est vitii, neq; erat cur *Hotom. ad d. pr. Inst. & 1. obs. 3.* reprehenderet Tribonianum, quod exempla regulæ proposuerit: quippe quod illa exempla non tantum sub *seq. §. 1.* sed etiam *sub prin. tit.* recte referantur; quamvis & parum intersit, an ab exemplis an à regula incipiatur, quod & monet *Cuiac. 14. obs. 11.* Plura de ista actione, & de actione utili, itemq; ædilitio, & de pastu tractantur ad Treutl. Debuissemus fortassis etiam agere de illis actionibus prætoriis, quæ ex delicto proprio descendunt: sed nimis id fuerit prolixum, cum Iust. *in §. pœnales. 12. Instit. de act.* istas actiones pene innumerabiles esse profiteatur, neque actiones singulas hic exequi nostri propositi est.

COROLLARIUM. I.

Libet hic corollarii loco breviter examinare quod tractat *Iaso. in §. actiones. 10. Inst. de act. n. 67.* cum multis seqq. an valeat statutum, ut pater teneatur pro delicto quod commisit filius. Et in hoc omnes conveniunt non posse statuto ex hac causa patri irrogari pœnam corporalem, cum ad hanc ne pacto quidem expresso quis se obligare possit, idq; probant Dd. communiter allegata à *Ias. d. loc. n. 67.* ubi communius receptum docet & probat valere statutum, ut pater pro delicto filii pecuniariam pœnam solvere teneatur. Pugnat autem Jas. meris autoritatibus, quas prolixe adducit, & quibusdam similibus confirmat: hac unica autem utitur ratione: quod potest fieri pacto, etiam fieri posse statuto: posse autem fieri pacto, ut pater promittat pro filio solvere pœnam pecuniariam; Ergo &c. Quod ad mi-

Ad minorem attinet, non putaverim pactum tale valere, ut pater in genere & in futurum se obliget, sed pro delictis filii satisfacturum, sed hoc saltem, ut postquam delictum commissum est pro filio convento liberando pecuniam efferat vel promittat. Et ergo hoc concludetur, quod post delictum commissum magistratus qui est lex viva ex causa decerne possit, ut pater pecuniā solueret: adeoq; minor quoq; propositio claudicat: sed propositio maior omnino in istis terminis falsa est, & miror eam à Jas. tanquam certam & confessam iterum atq; iterum inculcari. Nimirum statuta & leges habent suum proprium obiectum, circa quod longe plus possunt quam pacta: habent & obiectum suorum pacta, in quo plus possunt quam statuta. Pactorum & conventionum obiecta sunt, bona quæ in cuiusq; sunt patrimonio, & quorum quisq; est arbiter & moderator pene etiam ad abusum *l. in re* 21. C. *mandati.* liberum cuiq; est res suas alienare & omnia quoq; bona donare, sed iniquissimum & prorsus irrationabile fuerit statutum, quod alicui auferat bona sua: cum autem pater promittit actori vel acturo, restitutionem damni quod filius dedit, de bonis suis disponit, quæ libere etiam alii donare posset, sicut constat iure nostro, quemcunq; pro debitore extraneo etiam, quin & invito solvere posse. Et si igitur consequentia ista à pacto ad statutum, procedit, valebit statutum, ut pro quocunq; cive quis pœnam pecuniariam delicti præstare sit obligatus, quod fuerit absurdissimum: neq; verò dubium est, quin pro quocunq; reo in judicium actione pœnali civili vocato, quivis satisfacere, & ita reum liberare possit. Et ineptum est effugium Jas. quod eiusmodi statutum non valeat sine causa, sed valeat ex iusta causa: etenim hic disputamus in thesi, & semotis circumstantiis particularibus hoc quærimus, an huiusmodi statutum iustis caussis & rationibus possit defendi, quales (& tamen hoc omnino fieri oportebat) nullas prorsus affert Jaso. Possit fortassis hæc ratio illius statuti afferri, quod hæc sit quædam pœna patris, qui non bene educaverit filium, quemadmodum legimus veterem quendam legislatorem sanxisse, nec filius teneretur alere patrem, à quo nullam artem qua vitam tolerare posset, fuisset edoctus. Verum hæc ratio tamen non concludit, quod sæpe naturæ improbitas omnem diligentiam & curam patris in educando eludit, quod sæpè ex occasione quadā delicta committuntur, quod delictum L. Aquil. sine ullo dolo quoq; committitur: de quo etiam egimus ad *Treutl. p.* 1. *disp.* 24. *th. ult.* ubi hoc quoq; notavimus, facilius videri posse tolerabile statutum, ut liberi teneantur pecuniarie pro delictis parentum, tanquam in compensationem beneficiorum, quæ summa ab illis acceperunt, & quibus paria facere non possunt. Sed in contrarium illa movet ratio, quod filius patri succedit iure naturæ, & hoc est votum parentum, ubi liberos relinquunt sibi superstites & bonorum suorum hæredes, quorum etiam vivo patre liberi quodammodo domini perhibentur *l. in suis.* 11. *de liber. & posthum.* & adeo eum parentes omnia pro liberis parent, non usque adeo videtur absurdum habendum statutum, quo pater ex bonis suis aliquid pro delictis liberorum solvere iubetur. Quæ tamen ratio si procedit, etiam valebunt statuta, ut pater satisfaciat debitis ex contractu filii: quamvis hic ista differentia occurrat, quod qui cum filio contrahit, habet quod sibi imputet, sed non cui infertur damnum. Est & alia ratio, quam miror à Jas. non adduci, quæ dat colorem eiusmodi statutis de quibus disputamus, quod iure civili, ut supra notavimus, ex delicto filii datur actio in patrem de peculio, sed mediate, si filius fuerit condemnatus V. C. si filius qui damnum dedit conventus actione L. Aquil. in æstimationē damnatus fuerit, postea consequenda actio iudicati in patrem de peculio datur:

subtilitate quidem iuris hic interest inter actionem ex delicto & iudicati, & actiones pœnales de peculio in partem iure nostro negantur *l. 58. de reg. iur.* sed effectu & re ipsa nihil interest hac an illa actione pater conveniatur. Dices patrem ita ex delicti causa non præstare solidum, sed tantum quatenus est in peculio: sed replico peculium esse patris, ideoq; ex ista dispositione iuris civilis pater pro delicto filii ex bonis suis aliquid præstare tenetur: & si veram rationem sequimur, nihil ex bonis suis pro delicto filii pater præstare debet: qua ratione alienum erit, ut teneatur in totum: sed & si peculium pinguius sit, facilè fieri potest, ut sufficiat solidæ æstimationi. Neq; simile est quod ex contractibus filii pater de peculio tenetur: quoniam pater concedendo peculium permittere intelligitur ius contrahendi, minime vero delinquendi. Igitur si nemo sanctioni isti iuris civilis contradicit, secundū quā pater ex peculio præstat pecuniam pro delicto filii, defendi etiam poterit statutum, ut idem præstet pater ex bonis in peculium non concessis. Dixerit hic quis iterum, aliam esse rationem bonorum, quæ pater filio in peculium concessit, in quibus ipse filiusf. ius aliquod habet: tum eo argumento quod filiusf. emancipatus id retinet, nisi pater expresse ademerit *l. donationes 31. §. 2. de don.* tum quod confiscatis ob delictum bonis patris peculium etiam profectitium filio reservatur *l. 3. §. utrum. in f. de minor.* tum quod filius ex peculio profectitio certis quibusdam casibus donare potest *l. 7. §. 1 & 3. de donat.* Sed itidem hic replico, hæc non facere, quo minus peculium profectitium revera sit patris, quod pro libero arbitrio ad se revocare & filio adimere potest: & quæ singulari iure recepta sunt, nihil derogant iure generali: speciali humanitate ex constitutione Claudii peculium profectitium eximitur publicatione bonorum: in casu *l. 7. de donat.* proponitur filio concessa libera peculii administratio, & eiusmodi casus ibi referuntur, quib. vero similiter pater ius donandi concessit: *in l. 31. de donat.* peculium quod non adimitur, donatum censetur, ut tanto commodius novam familiam filius emancipatus constituere possit. Et ista ratio, siquidem fundus huius quæstionis ex iure civili peti potest, facit ut existimem statutum hoc quod initio corollarii præposuimus defendi posse: quod præsertim ipsi Dd. non commendant aut valde probant, sed tolerari posse, & strictissime accipiendum esse statuunt, ut tamen omnino hæc teneatur limitatio, ne durius cum pater tanquam cum ipso reo agatur, sed quatenus facultates eius patiuntur, ne propter delictum filii egere cogatur.

COROLLARIVM II.

CVm multa hac dissertatione diximus de peculio, non abs re erit hic tractare quid filius in singulis peculiis & eorum specieb. habuit iuris. Et in servis nulla est distinctio peculii nec ulla fuit olim in liberis, vigente ea, de qua paulo à te diximus, lege Romuli repetita & confirmata per II. tabb. quin ius istud, ut omnia omnino pater acquireret per filium, durasse usq, ad tempora Augusta colligitur *ex prin Inst. quib. non est permissum facere testamentum, vers. quod quidem, & vers. quanquam*: ubi Just. ait iure civili scil. antiquo, omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computari, ac peculia servorum in bonis dominorum, & quod ex sacris constitutionibus excepta fuerint aliqua bona, & quod Augustus initio ius testandi dederit militibus super iis quæ in castris acquisiverant, ita ut hoc primum solorum militum, post ipsorum bonorum privilegium esset. Scil. Augustus militib. quorum opera tyrannidē invaserat, & libertatem oppresserat nihil non concessit, & primus autor illius iuris fuit, quod postea referente Iust. *d. loc.* auctum fuit, ut bona in castris acquisita & occasione militiæ, propria essent libero-

berorum, & ne ita evertere videretur rationem juris, secundum quam filiifam. qua tales nihil proprium habere & possidere possunt, voluit eos in hoc peculio pro patribusf. haberi: ad huius peculii exemplum post idem ius tributũ fuit liberis in bonis quæsitis ex causa militiæ togatæ, videl. ex officiis publicis *l. ult. C. de inoff. test.* quæ ob id nomine quasi castrensis peculii appellata fuerunt: ex quo, ut id obiter notem, eorũ error coarguitur, qui à procuratorib. quales iure nostro sunt, acquisita, referũt ad peculium quasi castrense; nam in procuratorib. quales hodie in superiorib. consistoriis esse solent, ea sententia fortassis admitti possit. De hoc peculio castrensi constat filium libere disponere & inter vivos ut loquuntur, posse & in ultima voluntate *§. ult. Inst. de militari test. & inf. pr. Inst. quib. non est permiss. &c.* Ergo sub utraq; hac peculii specie filiif. testati moriebantur tanquam patresf. & heredem ex testamento habebant; intestati moriebãtur tanquã filiif. quoniã in hunc eventũ vetus patrib. integrum relictum erat, ita ut filiusf. in his peculiis non haberet hæredem ab intestato, sed pater ea iure potestatis an instar peculii profectitii occuparet *l. 9. de cast. pecul. l. 2. C. eod.* quod tamẽ hodie mutatũ *per Nov.* 118. per quã liberi parentib. suis ẽt. filiisf. ab intestato hæredes, existunt. Quæritur an ex his bonis vel peculiis filiusf. potuerit vel possit mortis causa donare: & vel testatus est filiusf. vel testamentũ non fecit. Illo casu nõ dubitatur quin filius rectè mortis causa donet, etiam ex hypothesi, quod donatio mortis causa sit vere & simpliciter ultima voluntas, nam & codicillos hoc casu filius facere potest. quippe qui referuntur ad testamentũ & eius pars censentur. Sed & hoc casu idem dicendum omnino videtur per *l. filius. 7. §. ult. de donat.* ubi simpliciter dicitur quod filiusf. ex castrensi peculio donare mortis causa possit. Sed contra hanc opinionem primo dubium movet ratio Raphael Cumani, quẽ refert *Ias. in l. senium 3 C. qui test. fac. poss. n. 8.* quod donatio mortis causa sit ultima voluntas & cõparetur legatis & fideicommissis *in l. ult. C. de mort. caus. don. §. 1. Inst. de don.* quod multis similib. cõfirmat *Ias. d. loc.* quo posito donatio mortis caussa erit instar codicillorum, quos filiumf. illo utiq; iure facere non posse constat. quoniam ii gravãtur hæredes ab intestato, quos itidẽ illo iure filiusf. nullus habet: ut adeo *d. l. 7. § ult. de donat.* videatur intelligenda de filiof. qui testamentum fecit: quæ responsio est Ant. Fab. qui *decad. 43. err 6. & seqq.* opinionẽ Raphael. Cumani, sed nulla eius facta mentione reduxit, & videtur confirmari ex ratione subjecta, *in d. l. 7. cum & testamẽtũ facere possit.* Verum vitiose hoc modo illa ratio inducitur, quæ cõtinent illationem à maiori ad minus, quod qui testamentum condere potest, idem multo magis mortis causa donare queat, sed inepte prorsus applicatur ad probandum, quod eo tantum casu quo testamentũ fecit filiusf. mortis causa donare queat: ad quẽ casum restringere enunciationem simpliciter prolatam, ineptũ & absurdum est: & ineptitudo istius responsionis hinc quoq; detegitur, quod cod. loc. dicitur filiumf. & mortis & nõ mortis causa donare posse, ut appareat ICtũ causam huius rei cur filiusf. mortis causa donare queat desumere voluisse à iure quod in illo peculio filius habet: & consequenter, cũ hoc ius non tribuat ei facultatẽ faciendi codicillos, efficitur vitiosã esse cõparationem huius donationis & codicillorũ. Atq; ita removetur ratio qua unica movetur Ant. Fab. quod donatio mortis causa sit ultima volũtas; licet non pauca cõmunia habeat, tamen in multis etiam participat de contractu, quæ notavimus ad *Tr. p. 2. de donat.* & hoc præcipue, ut ib. probavimus, quod ut plurimũ perficitur traditione ipsius donatoris, aut si ea non interveniat, requirit cõventionẽ stipulationẽ vel pactũ. Et ergo statuẽdũ est cum cõmmuni opinione indistinctè, quod filius ex castrensi peculio vel quasi etiam invito patre mortis causa donare possit. Existimaverit fortasse quispiam, cum hodie filiusf. ab intestato habeat hære-

hæredem, cum codicillos quoque facere posse, quoniam non alia ratio hoc olim prohibuisse videtur, quam quod hæredem ab intestato quem codicillis gravaret, habere non poterat. Verum constitutiones correctoriæ non sunt extendendæ extra terminos suos, neq; enim aliud propositum Justin. fuisse videtur, quam ut in favorem liberorum derogaret iuri patris, ut ad illos potius iure successionis, quam ad hunc jure peculii pertinerent: cæteroquin etiam admittendum fuerit, filiumf. de bonis adventitiis, in quibus itidem heredes ad intestato habet, codicillos facere posse: quin & ante Inst. filiusf. heredes ab intestato habuit, postquam Imperatores constituerunt, ut filiorumf. intestatorum bona exclusis parentibus ad liberos vel fratres defuncti pertinerent: quod ante se obtinuisse testatur Iust. ipse *in pr. Inst. quib. non est permiss fac. test. vers si vero intestati*, in quo agitur ad Tr p 2. disp. 16. th. 4. nec quisquam tamen dixerit, quod ante Just. filiusf. ab intestato potuerit facere codicillos: atq; adeo consequentia ista admittenda non est: habet heredes ab intestato ergo potest facere codicillos. Quin de his bonis liberrime liberi contrahere possunt, non dubitatur, cum quoad hæc etiam contra patrem in iudicio rectè consistant *l. 4. de iudic.* In altero extremo ex peculium profectitium, cuius & proprietas & ususfructus ad patrem pertinet: quid autem iuris in eo filius habeat, ex iis quæ superius de peculio, & præsertim in corollario præced. diximus, intelligi potest: non nisi ex tacita permissione patris contrahere super eo potest. ultimam voluntatem, testamentum aut codicillos, nec consensu quidem patris facere, sed permissu eius tantum mortis causa donare potest *in pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. l. tam is. 25. §. 1. de mort. caus. donat.* Negato nimirum iure testandi, quod ex alieno arbitrio habere nequit, nullius consensus habilem ad disponendum facere potest: neq; per consensum patris qualitas filiifam. tollitur, aut patremfam. efficit, quæ qualitas ex l. 12. tabb. necessaria est. Et quo apparet: donationem mortis causa, simpliciter pro ultima voluntate habere non posse, cæteroquin nec voluntate patris filiusfam. mortis causa donaret: nam quod Raphael Cumao. & Ant. Fab. putant patrem ipsum intelligi donare per filium iam refutabimus.

Præcipue difficultas videtur esse circa peculium medium, quod adventitium appellatur, novi & veteri Iurisprudentiæ incognito nomine. Primus enim Constantinus creditur introduxisse, ut bona materia & eiusdem lineæ separarentur, & solo usufructu relicto patri proprietas esset liberorum: quod Imperatores seqq. confirmarunt & auxerunt, & tandem Just. eandem conditionem omnium bonorum adventitiorum, quæ aliunde quam à patre obvenirent liberis, esse voluit, quin & casus quosdam introduxit, quibus filius in bonis adventitiis plenam proprietatem haberet. Secundum quæ duæ existunt species peculii adventitii, de quibus separatim videndum est. Prior species quæ ordinariam habet naturam, describitur nobis *in l. 1. & 2. C. de bon. matern. l. cum oportet. 6. & l. ult. §. ubi autem. 3. cum seqq. C de bon qua liber. Dd. in l. præses 12. C. de transact. ubi late & in specie tractat Ias. contra Azon. & Dd. communiter*, quod pater bonorum istorum legitimus administrator, immobilia sine decreto vendere non possit. Et apud omnes constat quod filiusf. de istis bonis testamentum facere non possit per textum expressum *in d. l ult. §. ipsum, 5. vers. filiis. C. de bon. qua liber.* & adeo nec codicillos, quod donare mortis causa possit permissu patris communiter itidē receptum est: neque enim dubitatur, quin quod scriptum est *in l tam is. 25. §. 1. de mort. caus. don.* ad hanc quoq; peculii speciem pertineat, sive facultatem donandi æstimemus ex iure filii sive iure patris: quoniam filius in hoc peculio plus iuris habet, quam in

profe-

profectitio:& si pater rectè consentit super bonis quæ pleno jure ipsius sunt,etiam & magisconsentire posse videtur in bonis quorum tantum habet usumfructum Sed Raph. Cumanus relatus à *Iasone in d l.3.C. qui testam pac.poss.numero* 8.ab ista communissima opinione,quam post sed ejus nomine suppresso supra citato loco sequutus est Anton.Fab. fecit secessionem, allata nova & subtili ut videtur diversitatis ratione inter bona profectitia & hæc adventitia: quod illa quidem sint pleno jure patris, quæ pater ipse per filium tanquam per instrumentum,& vt sæpius ex sententia Cumani loquitur Jason.per organum donare intelligatur:quæ ratio cessat in adventitiis,quæ cum sint propria filii,non possit ille instrumenti partibus tantum fungi:hoc autem respectu cessante,nō posse filium donare mortis causa, nisi pariter ipsi facultatē concedendi vltimā voluntatē coutra rationē juris concedamus,cæterum ad ordinandam vltimam voluntatem consensum patris nihil posse operari: ad quod amplius confirmandū adduxit Cuman propositionem quæ colligitur ex *l.1.in princ.de tut & ration.distrah.* quod qui non potest facere testamentum, idem nec mortis caussa donare possit. Sed hæc quæ non displicent Jasoni,& quæ prolixissime more suo nugando tractat Aeton.Fab. tanti non sunt, ut propterea à communi sententia recedendum existimem. Et initio prorsus falsum esse statuo,quod *in d l.25.de mortu causa donationibus* filius tantum interveniat tanquam instrumentū patris: instrumentum etenim nihil agit,sed tantum est medium agendi atquin in d textu non tractatur de donatione patris sed filii,qui si tantum instrumenti loco esset,non ipse sed pater donare diceretur: idque vel hinc apparet, quod donare mortis causa opponitur factioni testamenti, quæ negatur filio etiam consentiente patre,adeoque de actu tractatur quem filius facit:quin si tantum ut instrumentum ibi filius consideraretur, etiam pater per filium testamentum facere posset, & si donatio mortis causa pro vltima voluntate haberetur,nec in profectitiis pater eam per filium facere possit. Amplius sit in specie *d.l.25* pater donaret per filium, circa validitatem infirmationem aut revocationem donationis,patris non filii persona spectaretur: quod ego non dubito falsissimum esse. Et ergo ita potius se res habet,ut ratio dubitandi circa jus donandi sit sumenda à defectu juris,quod filius in peculio profectitio infirmum,nec usumfructum nec proprietatem, vt in aliis bonis viventis patris nullum habet, sicut propter eundem defectum noninisi casibus specialissimis ex peculio profectitio quidquam donare inter vivos potest, utcunque ex tacita concessione patris alios contractus jure suo celebrare possit: ex quo tanto magis apparet, donationem mortis causa hic non ultimæ voluntati, sed potius donationis simplici comparari. Frustra autem adducitur *d l.1.in pr. de tutel. & ration distrah.* nam propositio hæc & consequentia à negato jure testandi ad negandū jus donandi mortis caussa,tunc procedit vt non male communius respondetur,vbi quis propter defectum judicii & ætatis testari prohibetur, cujusmodi est pupillus de quo ibi tractatur: vel ut dicam apertius *d.l. 1.* loquitur ubi defectus & vitium est in persona, hujusmodi autem vitium in filiofam. quem videlicet pupillarem ætatem egressum proponimus non est: itaque ita concludendum esset:de quibus bonis testari non potest, de iis nec vllo modo mortis caussa donare potest:quam propositionem& consequentiam falsam esse,neq; ex *d.l.1.* probari asseveramus:sive de profectitio peculio quæratur sive de adventitio: ad hoc enim ista transferenda sunt, & statuendum, quod de his bonis adventitiis filius

consensu patris mortis causa donare possit, ut ea donatio valeat jure conventionis, nam alias super istis bonis filium contrahere non posse verius est. Amplius & istud considerandum est, quod regula & propositio *d.l.1.* in iis locum habet, qui ordinario jure testamentum facere prohibentur, speciale autem jure prohibetur filiusfam. qui proprietatem bonorum habet, quam qui habet alias, vtcunque vsusfructus penes alium sit, jus testandi habet, *arg.l.rect.25.de V.S.§. alienus. 3.Instit.de hæred.institut* quod scilicet Impp. novi noluerunt nimis recedere à in re veteri, & hactenus cõtenti minuisse jus patris, ne hic pleno jure bona ista possideret, cætera, & hoc quoq; ne filius testari possit, in suo statu reliquerunt. Duplex autem hic videtur occurrere scrupulus, quod filius aut vult donare nudam proprietatem, & non videtur opus consensu patris, cui salvus reliquitur ususfructus: aut vult donare plenam proprietatem, & ne quidem consensu patris hoc facere posse videtur in præjudicium eorum qui ab intestato sunt successuri. Diximus de hoc aliquid ad *Treutl. de testam thesi 2.* hoc, saltem addo, quod Justin. & alii Impp. minuto jure patris, alios ei in successione prætulerunt, hoc intra terminos suos præcise coërcendum esse, ut in cæteris omnibus jus patris, sed & ipsius filii salvum relinquatur, neque ex iis quæ speciatim per correctionem introducta sunt, præter mentem statuentium aliquid inferatur: & jam ante diximus quod hactenus donatio mortis causa cum conventionibus sit comparanda, eoque consensu patris opus esse, circa quem etiam nihil repetitur mutatum, & jus patris in reliquis integrum manet: & si præjudicium hæredum ab intestato attenderetur, neque bonis adventitiis quorũ plenam proprietatem habet filius, donare posset, nam nec de his quidem testari potest, ut mox ostendemus. sed & amplius ex Nov. 118. pater in successione ab intestato omnibus pene proponitur: cæteroquin & in Nov. illa & jure anteriori liberis & fratribus jus succedendi ab intestato datum est, ne amplius pater jure peculii bona occuparet, nõ autem ob id in aliis juri patris quicquã est derogatum: sicut etiam hac sola de causa liberis data fuit proprietas bonorum, ne pater vt ante jus alienandi bona in præjudicium liberorum haberet. Tandem videamus de altera specie bonorum adventitiorum quorum filius plenam habet proprietatem. Et de his libere posse filium contrahere eaq; pro libitu administrare, inter omnes constat, quo argumento, & quia donatio mortis contractus hic naturam sapit, ex his bonis etiam citra consensum patris filium mortis causa donare posse crediderim. Illud vulgo quæritur, an de his bonis filiusfam. testamentum facere possit. Dixi de hac quæstione ad Treutler *part. 2. de testam. thes. 2. & in corollar disput 18. ead. part & in addition posterioris volum.* sed adhuc aliquid dicendum superest, & dicam paulo plenius & omnes scrupulos, qui forte superesse videantur, & aliquos abstinere, quo minus communissimæ & verissimæ sententiæ adstipulentur, eximere conabor. Usus sum cum aliis vulgari quidẽ sed solido argumento, quod filiusfam qua talis non possit facere testamentum, sed tantum sub qualitate patrisfam. quam ei in hoc genere peculii attributam esse legimus nusquam: adduxi cum aliis *l pen.C.qui testam.fac.poss.*. & ex ea præter alios solidum ut existimo argumentum tum hypotheticum tum cathegoricũ in tertia figura, quod testamentum filius facere non possit, formavi: & quia concludendi illa ratio paulo est obscurior, exhibeo hoc argumentum in prima figura. Quicunque nõ potest testamentum facere de iis bonis adventitiis quæ sine consensu patris possit, ille non potest testari de aliquibus adventitiis, quorum habet plenam pro-

proprietatem, (Dicimus de aliquibus bonis ut prædicamus occasionem cavillandi,& si quædam saltem ejus generis bona ea conditione esse probaverimus. ut super ijs testari non possit filius, omnia argumenta adversariorum corruere necessum est.) Atquin filiusfam. non potest testari de bonis adventitiis, quæ sine consensu patris possidet: ergo quibusdam bonis, quorum habet plenam proprietatem, testamentum facere non potest. Periti logices sciunt hunc syllogismum non laborare vitio formæ, neque esse ex puris negativis, quia quando particula negans est pars subjecti, non facit propositionem negativam. Sed licet eod. medio concludere in figura secunda. Quicunque potest testari de bonis adventitiis, quorum habet plenam potestatem, is etiam potest testari de iis omnibus, quæ sine consensu patris possidet. Atquin filiusfam. non potest testari de omnibus his bonis quæ sine consensu patris possidet: Ergo nec potest testari de iis omnibus quorum habet plenam proprietatẽ. Illud constat quod in *d.l pen.* non agatur de peculio profectitio, quoniam hoc filius habet consensu patris, & certum est de eo disponere filium non posse. Sed & hoc certũ, quod nec ibi agatur de bonis castrensib. vel quasi, quæ non recipiunt hanc distinctionem ad effectum hoc vel illo modo disponendi, an teneantur consensu patris nec ne, & de quibus constat filium testari posse: relinquitur igitur quod ibi agatur de bonis adventitiis. Hæc ut ad syllogismum nostrum accommodemus, ante omnia lux illi mutuanda est ex *l. ult. C. de bon. qua liber.* quam non dubium est designari in *d l. pen.* per legem nuper promulgatam, & falluntur haud dubie glossatores illi, qui intelligi putant *l. cum oportet. 6. C. de bon. qua liber.* In ea l. ult. tractatur de casu filii instituti hæredis, & primo licentia datur patri, ut recusante filio, jure suo tanquam ipse institutus esset possit adire hæreditatem, & hoc casu plenum jus solus in bonis hæreditariis acquirat: hoc ita in *princ. d. l ult. vers. sancimus.* Deinde in *seq. vers. sive ex contrario.* statuit Justinian. ut ex adverso filius recusante patre nec volente jubere adire filium, ipse filius solus citra jussum patris possit adire hæreditatem, ita ut hoc casu ipse solus plenam habeat proprietatem. Tandem in §. *ubi autem.* 3. deciditur tertius casus, quo in unum utriusque voluntas concurrit, & patre jubente filius adit, vel hic diviso jure pater usumfructum, filius nudam habeat proprietatẽ. Prior casus quo bona in solidum patris sunt, ad istam tractationem non pertinet; sed pertinent duo posteriores, quibus aut filius reclamante patre, aut jubente adiit hæreditatem: illo casu dicitur bona possidere sine consensu patris: hoc cum ejus voluntate, *in d. l pen.* illis verbis, *sive sine patris consensu bona possideant, sive cum eius voluntate iuxta nostra legis distinctionem*: quæ verba iterum aperte ostendunt intelligi *d. l. ult. C de bon. qua liber.* in qua hæc distinctio traditur. Cum autem in ead. *l. ult. Iustinian in §. ipsum. 5. vers. fi'iis.* disposuisset, filiis non esse jus testandi de bonis adventitiis, quorum pater haberet usumfructum, causam præbuit existimandi, quod de cæteris adventitiis, quorum pater usumfructum non haberet, filius disponere posset. Hujus opinionis removendæ gratia emisit constitutionem quæ est in *d. l pen. C. qui testam. fac.* qua definit se nihil innovatum velle in filiisfam. circa jus testandi, sed hac in re revera jura integra servari, & expresse disponit, filios non posse testamentũ facere nec de iis bonis, quæ sine consensu patris possident: quæ scilicet nulla alia esse possunt, quam quo filius juxta *d. l. ult. vers. sive è contrario*, adeundo hæreditatem non consentiente patre acquisivit.

Imperator constitutionem suam propriam appellet antiquam 2. ut appellet antiquam quæ fortè biennio ante lata fuit. 3. ut appellet antiquam quam in pr. ejusdem constitutionis dixit nuper promulgatam, cuius quidem rei exemplum ullum usquam extare nego. Sed nec ideo potest intelligi *d.l ult.* quoniã in hac non disponitur quibus casibus filiusfam. testari possit, sed de certa specie bonorum jus testandi negatur: atquin in illa *l. pen.* significatur lex antiqua quæ non nisi in certis casibus jus testandi filiusfam. permittit, atque ita talis lex quæ totam illam quæstionem de jure testandi filiorumfam. decidit & exhaurit: quod utique non facit *d l. ult* ex qua quibus casibus, & de quibus bonis filiusfam. testari possit, minimè intelligi potest: & utiq; hæc apertissima est sententia Justin. *in d.l. pen. C. qui testam fac. poss.* quod nolit propter legem ante à se promulgatam, quidquã circa jus testandi filiorumfam. ex jure veteri innovari: atquin qui filiosfam. concedunt jus testandi de specie una bonorum adventitiorum, innovant aliquid ex jure veteri, idque adeo contra apertam Justiniani mentẽ. Verũ putat vir doctissimus & clarissimus Justus Maierus in *Collegio Argentinensi lib 2. ff thes. 9. num. 3.* necessario per legem antiquam, cujus mentionem facit *d.l. pen* intelligendam esse *d.l. ult. C. de bon. qua liber.* ita enim inquit: evincit hoc quæstio *d l pen* quæ est, an filiusfam. sine distinctione testari possit de omnibus bonis quæ patri non acquiruntur sive sine patris consensu acquisita sint à filio, quibus casibus secundum *d l. ult.* filiusfam. testari potest: sive cum patris consensu, quibus casibus *d.l ult.* testari non permittit. Sed quod bona venia viri clarissimi dictum sit, pervertitur quæstio *d.l. pen.* per hæc verba quæ ad prius membrum adjiciuntur, *quibus casibus filiusfam. testari potest:* & illius male præsupponitur quod controversũ est, quod filiusfam. de illis bonis testari possit: ex qua hypothesi quæstio decisa inepte in controversiam vocaretur. Sed illa vera illius loci tractatio & quæstio est, an filius de aliquibus bonis adventitiis testari possit: quibus deceptis illa constitutione Justiniani quæ extat in *d l. ult.* visum erat, quorum opinionem improbans Justinianus decidit non debere existimari, quod de illis adventitijs bonis filiusfam. possit testari, nec de ijs quidem, quæ sine consensu patris possidet: Quæ decisio & hinc necessario elicitur, quod jus antiquũ hac in re integrum vult servari Justinian. & pro hac sententia non leviter facere videtur, quod ad jus testandi nihil confert ususfructus junctus cũ proprietate, nec illud impedit à proprietate separatus: siquidem ut prædiximus, certi juris est, quod ubi nihil aliud impedit, quisque de bonis quorum nudam proprietatem habet, rectè testatur, *arg. l 25. de verb. signific.* Quod si adeo jus filii in bonis & plena proprietas, caussa esset juris testandi, sufficere etiã posset jus proprietatis nudæ: quod cum certo jure falsum sit, merito & rectè indistinctè de bonis adventitiis jus disponendi filio negatur. Sed alio hic argumento nobis occurrit. De peculio quasi castrensi potest filiusfam testari: atquin peculiũ de quo tractamus est quasi castrense, vel quoad jus testandi pro tali habetur: ergo, &c. Minor ita ut proposui, formanda est: alioquin pure neganda, si in omnibus jure quasi castrensis peculii hoc peculiũ uti dicas: aut fient quatuor termini: quoniam diversa sunt esse peculium quasi castrense, & in quibusdam naturam ejus peculii imitari. Et hæc assumptio ita probatur. Quod peculium obtinet medietatem inter peculium vere castrense & paganum, illud habendum est pro quasi castrensi: Ita enim Justinian. peculiũ quasi castrense definit, *in l. ult. in pr. C. de inoff. testam.* Atqui peculium istud adventitium est tale,

veluti multis confirmatur hoc in *Collegio Argentinensi libro 15. tit.1. th.3. num. 4.* ergo, &c. Sed responsio facilis est, quoniam ambigue accipitur d. descriptio peculii quasi castrensis quæ est in *d l. ultim.* & sumitur ea vel absolutè, vel ad mentem & sententiam Justiniani. Hoc sensu propositio minor falsa est: quoniam apparet quod Justinianus intelligat peculium quasi castrense in specie, quod ex militia togata officiis & salariis publicis filiusfam acquirit: quod ita perspicuum est ex ipsis verbis, ut pluribus probare non sit opus. Priori sensu falsa est propositio major, quia non quicquid in quibusdam convenit protinus est idem. Sed quia loco citato collegii Argentinensis isto argumento etiam altera species adventitii peculii refertur sub peculium quasi castrense, de qua tamen specie non dubitatur negatum esse filio jus testandi, efficitur ut hoc argumento evinci nequeat filio jus testandi in quacunque specie bonorum adventitiorum. Et tamen quod peculium hoc totum refertur sub quasi castrense, & solum profectitium dicitur esse paganicum, probare non possum: quoniam haud dubie jure nostro distinctio peculiorum dependet à causis acquirendi: & castrense est quod ex causa militiæ armatæ & occasione ejus obuenit: quasi castrense quod ex togata: & officia publica militias dici, notius est quam ut dèbeat doceri: Ubi autem nulla militiæ species causam acquisitioni præstat, non potest peculium, ulla ratione appellari castrense: arguit hoc oppositio militis & pagani, quo nomine in jure nostro venit quisque non militat & quidem in militia armata: togati autem milites quamvis respectivè & ipsi pagani dici possunt, neq; nemine in jure nostro eorum testamenta vocari militaria, tamen generalius loquendo & suo proprio sensu, possunt paganis opponi, dum appellatione militis non tantùm verus & propriè dictus, sed etiam quasi miles continetur.

Quod autem filius ex donatione legato vel hæreditate cuiusvis acquirit, nullo colore in ullà quasi militia quæsitum dici potest, nec adeo mereri nomẽ quasi castrensis peculii: Et adeo descriptio peculii quasi castrensis propositione majori proposita, simpliciter accepta falsa est una cum ipsa propositione maiori, quoniam vitiose peculium quasi castrense ita laxe accipitur, ut contineat peculium adventitium, contra certum & perpetuum juris nostri usum: idq; apertius fit considerata pristina peculii adventitii natura: hoc enim nemo negare potest olim fuisse speciem peculii paganici, quod nec mutatum legimus, utcunq; jus patris in eo peculio fuerit imminutum: quæ imminutio non potest facere ut incipiat esse peculium quasi castrense: ideoq; frustra affertur, quod quoad effectum collationis, *l. ult. de collat.* & alia quædam imitatur naturam peculii quasi castrensis, quin imo etiam veri castrensis, cuius tamen speciem non nisi inepte quis peculium hoc statuerit.

Et notandum hic quod quasi castrense peculium non dicatur ab effectu, quod aliqua similia habeat cum vero castrensi peculio, sed à causa efficiente, quia quæritur ex militia togata. Et hoc aperte probatur ex *l. ultim. C. de inoff. testam.* quam miror sane in contrarium adduci: neque enim nudus cortex descriptionis jam dictæ, sed res ipsa inspicienda est: & nimirum ex ea *l. ultim.* duplici & inevitabili ratione probatur, quod ibi peculium quasi castrense in specie significet illud, quod acquiritur ex militia togata. 1. quia diserte ad hoc restringitur peculium quasi castrense, quod ex salariis publicis acquiritur. 2. quod

2. quod de illo peculio permittitur jus testandi: quod de peculio adventitio in genere sumto non nisi inepte quis affirmaverit : & existimo à Justiniano eo tempore quo promulgavit *d. l. ultim. C. de inoff. testament.* nullum dum casum introductum fuisse, quo filiusfam. in peculio adventitio plenam habere proprietatem Ergo cum ipse Justinian. *in d. l ult.* peculium quasi castrense, quod ipse opponit pagano & castrensi, interpretetur de illo, quod filiusfam. ex officiis publicis lucratur, & de quo filius testari potest, sequitur prorsus necessario sub eo ex mente Justinian. non posse contineri peculium adventitium , adeoque & frustra & absurde locum illum adduci ad probandum, quod peculium paganicum, sub quo apertissimum est ex oppositione ibi facta, à Justinian. contineri adventitiũ, tantum sit profectitiũ, quod jure novo pleno jure est & manet patris. Et petitio principii est, quod pagani peculii ea tantum sint , quæ pleno jure hodieque acquiruntur patri: quoniam hoc ipsum tractatur, an ex hoc sit æstimanda essentia peculii paganici: cum præsertim pater regulariter adventitii peculii habeat usumfructum, atque adeo nonnihil ex eo acquirat, quod à natura quasi castrensis peculii est alienum.

Et hinc nullum argumentum est quo utitur supra citatus vir Clarissimus in collegio Argentinensi *lib. 15. tit 1 th. 3. num. 9* si inquit, bona adventitia continerentur sub pagano peculio, sequeretur vel paganum peculium esse speciem bonorum non quæsitorum patri , aut bona patri non quæsita esse speciem pagani peculii.

Fallitur enim , dum putat alterutrum horum falsum & absurdum esse, ex hypothesi scilicet vitiosa, nata ex sententia Græcorum , quod peculium paganicum omne necessum sit in solidum quæri patri : Neque animadverto aut deprehendo sat caussæ, propter quam repudiare debeamus vulgatissimam distinctionem peculii receptam ab Interpretibus Latinis , qua peculium in paganum & castrense , illud in profectitium & adventitium, hoc in castrense, & quasi dispescitur: quæ etiam notissima distinctione paganorum & militum confirmatur. Et duplex objectio quæ contra illam Latinorum distinctionem affertur, nullo negotio removetur: prima est, quod distinctio in peculium profectitium & adventitium etiam competat peculio castrensi *per leg castrense* 11. *de castrens pec l* 1. *C. eod.* Respondeo nomina quædam varie usurpari cum sint plures res quam vocabula , & in hac distinctione vulgata ipsam oppositionem specierum satis ostendere quid per profectitium intelligatur , quod videlicet ita à patre profectum est ut maneat patris , & eam naturam retineat , non quod proprio & speciali fini destinatum est, propter quem efficitur peculium castrense : & late sumto profectitii verbo , etiam adventitium possit appellari profectitium , juxta ipsos jam citatos textus . in quibus simpliciter dicitur ad castrense peculium pertinere , quod à patre amicis vel cognatis eunti in militiam datum est. Altera objectio est , quod adventitium peculium non sit species peculii pagani sed quasi castrensis. Verum hoc jam refutavimus.

Dissimulare etiam non possunt minime probandam videri distinctionẽ peculii, quæ citato loco collegii Argentinensi affertur, qua in paganũ & castrense dividitur , & illud definitur esse quod patri acquiritur , hoc quod patri non acquiritur: & subdistinguitur quod aliud ita dicatur in specie quæsitum ex caussa armata militiæ, aliud in genere quasi castrense dictum, & ex hoc rursus aliud

ex to-

ex togata militia, aliud quod aliunde obveniat. Equidem concinne satis potest distingui peculium, quod aliud acquiratur patri vel sit patris, (neque enim quod pater ex bonis suis concedit filio recte dicitur acquiri patri) aliud patri nō acquiratur, sed sit filij: & hoc quæratur vel extra causam militiæ vel ex militia, & hæc vel togata vel armata: hæc inquam satis concinna est distinctio: sed vt ea ejusq; species proponantur applicatis nominibus pagani & castrensis peculij vt fit in superiori distinctione, & hoc tanquam ex jure nostro & ejus usu proponatur, ferri posse nego. Plane decet quantum fieri potest nomina convenientia esse rebus, & in nominibus præsertim adjectivis inest aliquid quod naturam rei & qualitatem designet. Quid verò tandem est in nominibus vel pagani vel castrensis, ex quo adstruatur ista descriptio, acquiri vel non acquiri patri, nisi ad caussam acquirendi respicias. Sed magis illud considerandum est, quod cum in illa distinctione castrense & quasi castrense opponantur, etiam in ipsa appellatione & nomine eandē opponendi rationem conspici & servari debere: ut quoniam castrense definitur à causa acquirendi armata militia, quasi castrense definiatur ab eadem causa, videlicet quasi militia, & nimirum togata: neque proinde vitio caret perspicuo, quod quasi castrensis peculij duæ constituuntur species quarum altera acquiratur ex militia togata, altera extra omnem militiæ caussam, de qua sane non nisi inepte peculium quasi castrense tanquam genus prædicari potest. Ergo imo juxta distinctionem vulgatam castrensi peculio opponendum est paganicum, ita ut ad hoc referatur, quicquid extra causam militiæ filius acquirit: neque vlla idonea ratio est, propter quam appellatio pagani ad ea bona quæ patris pleno jure sunt, constringatur. Et omnino in hoc persisto, quod extra caussam militiæ togatæ quæsitam non possunt dici peculium quasi castrense. Nec movet *l.7.C. de bon. quæ liber.* quoniam non protinus bona illa quæ quoad jus plenæ proprietatis imitantur castrensia bona, quasi castrensia sunt: aut bona illa de quibus agitur *in l. Imperator 50 ad Trebell.* in quibus filius dicitur cōparari militi, quasi castrensia erunt, quod nemo nisi absurde dixerit. Nihil etiā juvat quod affertur, omne vitæ genus allegorice loquendo esse quandam militiam: vel quia hoc nimis est abuti verbo militiæ, vel quia, quod ex legatis ordinationibus aut hæreditatibus acquiritur filio, nulla ratione in militia acquisitum dici potest. Minus ferendū est quod negant ad essentiam pertinere peculij causam acquirendi, & nomen quidem inde sed nō essentiam rei desumi posse. Nā præterquā quod ipsi definiunt castrense peculiū à causa acquirendi, contra quam illi putant verissimū est, essentiam peculii castrensis inde pendere ex eo quod in militia acquisitū est: quippe quod plusquam manifestum est, militiā fuisse unicam & solam causam, propter quam Augustus & reliqui Imperatores bona illa separarunt, & ea sola quæ in militia acquisita fuerunt propria filiorum esse voluerunt: ad quorum exemplum idem postea tributum fuit bonis quæsitis in militia togata: adeoq; necessū est sub castrensia vel quasi castrensia peculia male referri adventitia bona, male etiam statui quod castrense & adventitium peculiū conveniant in forma quia omnino forma est posita in caussa acquirendi. Sed nō opus est verbis, cum expressis textibus castrensibus & quasi castrensib' opponantur adventitia, ita vt sub paganicis ea comprehendi appareat. Respondent illi, esse appositionem nominis tantum non rei, utcunq; jure nostro adventitiū peculium nunquā referatur sub quasi castrense, tamen re vera tale esse. Sed enim vero cum castrense & quasi castrense sint nomina à jure nostro

stro

aroreperta & naturam rerum ipsarum significantia, ex usu iuris hæc usurpanda sunt:utiq; non rectè improbantur Latini qui verbis secundum ius nostrum utuntur: cæteroquin nemo prohibet quo minus quisq; ex ingenio suo fingat sibi divisiones: quamvis terminorum & verborum receptorum & iure probatorum significationes mutare non videtur esse boni Interpretis: neq: quisquam effecerit unquam ut rectè castrense vel quasi illud peculium dicatur, quod extra omnem colorem & speciem alicuius militiæ acquiratur: & videtur mihi vis inferre sententiæ Just. *in f. pr. Inst. quib. non permis. &c. vers. præter hos*, ab iis qui ibi sub quasi castrensi peculio omnia illa volunt comprehendi quæ patrib. non acquiruntur, atq; adeo etiam adventitia. Etenim Just. de illo quasi castrensi peculio indistinctè ait, quod filiifam. possint facere testamentum: & tamen constat de adventitio ordinario peculio, quod illi tamen sub quasi castrense etiam referunt, filium testari non posse, quia existimaverim eo tempore quo institutiones scriptæ fuerunt, nullum adhuc fuisse casum quo ad venditia pleno iure filio acquiretur. Sed de his plus satis. Illud leve est quod prolixè satis moveri video, an quæ sunt in peculio veniant sub appellationem bonorum. Nimirum bona dicuntur quæ sunt in cuiusq; patrimonio: & dicitur etiam profectitium peculium esse quoddam patrimonium, etiam servi: sed procul dubio abusive, quatenus illud servus tenet, & super eo ius contrahendi habet, dominumq, etiam sibi obligat, & ei obligatur. Minus abusive videtur dici in filio, qui plus iuris per supradicta in eo habet: sed tamen in hoc quoq; abusive, quoniam utiq; bona sunt patris quæ etiam ad se revocare potest. Sed castrense & quasi peculium rectè appellantur bona filii per *l. recte 13. in fin. quib ex caus. maior.* cum in his hæredem ex testamento habere possit: & tamen quia pater in casu intestati filii, qua hæredem filius non habebat, ea occupabat iure peculii, hoc nomen merito mansit: quod tamen vix defenditur ex iure novo, postquam filius in his etiam hæredem ab intestato & ipsum quoq; patrem habet, *Nov.* 18. *c.* 1. *&* 2. eademque adventitiorum ratio est, præterquam quod de his filiusfam. testamentum facere non potest. Sed unum ex alio nos abduxit à primo argumento, cuius propositio maior hæc erat: qui potest testari de adventitiis quorum habet plenam proprietatem, is etiam potest testari de iis quæ possidet sine consensu patris. Hæc manifesta est ex supra dictis & ex collatione, *l. pen.* C. *qui testam. fac poss. cum l. ult.* C. *de bon qua liber.* quoniam bona quæ filius iuxta *d. l. ult.* reclamante patre adeundo hæreditatem acquirit, & adeo sine consensu patris possidet, in iis pater nihil iuris, sed filius plenam habet proprietatem: quod si adeo de bonis adventitiis omnibus quorum habet plenam proprietatem iure testaretur filius, necessaria consequentia etiam de hic testari posset, quæ possidet sine consensu patris, quippe quorum habet plenam proprietatem. Propositio minor, quod filius de omnibus bonis quæ sine patris consensu possidet disponere non possit, diserte extat *d. l. pen.* C. *qui testam. fac. poss.* Ex quibus iunctis simul quæ ad Treutl. scripsi, solide puto probari sententiam communem Latinorum: à qua male more suo deteriora sequutus discedit Hunn. cuius iudicium, nisi illud passim falleret, mirarer, quod leve pro sua sententia argumentum sumi ait ex *l. ult.* §. 5. C. *de bon qua liber.* cum tamen præter istud cætera sint levissima: & ut amplius videas iudicium hominis, idem mox ead. quæstione manifeste decisum ait esse *in d. l. ult.* quod filiusf. possit testari de bonis adventitiis, quæ pleno iure sunt eius: quo admisso, necessario prorsus sententia *ex d. l. ult.* probaretur. Sed probaret ille textus iuxta supra dicta, nisi obstaret *l pen,* C, *qui testam. fac. poss.* neque dixisset Hunnius,

INDEX SVCCINCTUS EORUM, QVÆ ACCURATIVS HOC OPERE TRACTATA SUNT, NVMERVS PRIOR DISPVTATIONEM, POSTERIOR

Thesin denotat Disputatio Septima in duas partes distincta est: Ideo prior numerus Disputationem: secundus partem: tertius partis Thesin notat.

A.

INDEX.

D.

E.

F.

Legum

M.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

Servia-

T.

V.

INDEX LL. ILLVSRATARVM & explicatarum.

L. eum-

INDEX.

FINIS. 243.